Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von
HEINRICH STUTZ
Rechtsanwalt in Eschershausen

Referent: Prof. Dr. Rudolf Schmidt.

19 NOLTE 35

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LITERATUR-VERZEICHNIS

1. Anton, Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? Diss. Erlangen 1905.
2. Brand, Das Handelsgesetzbuch, 1911.
3. Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, 1902.
4. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 7. Auflage, 1922.
5. Crome, Systeme des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1902.
6. Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, II. Band, 1. Abteilung, 4. Aufl. 1909, bearbeitet von Engelmann, 2. Abteilung, 4. Aufl. 1915, bearbeitet von Raape.
7. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Aufl. 1930; zum Vergleich 2. Aufl. 1908.
8. Eltzbacher, Großberliner Mietverträge, 1913.
9. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung von Nipperdey, 1931;
   II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, 1932;
   zum Vergleich 10. Bearbeitung 1927.
10. Fischer, O. Chr., Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, 1905.
11. Gierke, O. v., Deutsches Privatrecht, 3. Band, Schuldrecht, 1917.
12. — Dauernde Schuldverhältnisse, in Jherings Jahrbüchern Bd. 64, S. 355 ff.
13. Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht. I. Teil, Die Kündigung und das Dauerrechtsverhältnis, in Jherings Jahrbüchern Band 76, S. 317 ff.
14. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.
15. Hueck, Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918.
15a. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 1. Band.
16. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, 1900.
17. — in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band 44, S. 506 ff.
18. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Schuldrecht, 1906.
19. Kommentar von Reichsgerichtsräten, I. und II. Band, 6. Aufl. 1928.
20. Krahmer, Gegenseitige Verträge, 1904.
21. Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.
22. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906.
23. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, 2. Auflage, 1914.
24. Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, 1912.
25. Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, 1906.
26. Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage, 1902.
27. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2. Band, 1908.
28. Martius, Der Bergführervertrag, 1906.
29. Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.
30. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
31. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band, 6. Aufl., 1912.
32. Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 5. Aufl., 1929.

33. Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923.
34. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., II, 1, bearbeitet von Siber, 1914; II, 2, bearbeitet von Landois, 1928.
35. Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Band, 1903.
36. Rumpf, Wirtschaftliche Vertrauensverhältnisse, in Archiv für die zivilistische Praxis, 119, S. 60.
37. Schmidt, Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915.
38. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900.
39. Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 46, S. 1—42, 253—291.
40. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921.
41. Siber, Römisches Privatrecht, 1928.
42. — Schuldrecht, 1931.
43. — Zur Theorie von Schuld und Haftung, in Jherings Jahrbüchern Band 50, S. 53 ff.
44. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897.
45. Steinberger, Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge), Diss. Erlangen, 1910.
46. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, bearbeitet von Pinner und Bondi, 12/13. Aufl. 1926.
47. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1925—1930, II, 1 und II, 2.
48. Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in Archiv für die zivilistische Praxis Band 89, S. 85 ff.
49. Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band, 2. Abteilung, 1918.
50. — Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.
51. — in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band 45, S. 338 ff.
52. Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 2. Auflage, 1930.
53. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 9. Aufl., bearbeitet von Kipp, 1906.

Entscheidungen

a) aus den Sammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

b) aus den Zeitschriften:

Juristische Wochenschrift.
„Das Recht", Zeitschrift für den deutschen Juristenstand.

STOFFEINTEILUNG

§ 1. **Einleitung: Das Problem** 1

Hauptteil: Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches

§ 2. Vorbemerkung: Abgrenzung des Begriffs „Dauerverträge“ 2

§ 3. Der Rücktritt beim Dienstvertrage 8

§ 4. Der Rücktritt bei der Gesellschaft 19

§ 5. Der Rücktritt bei der Miete 26

§ 6 Wann beginnt der Ausschluß des Rücktrittsrechts? . . 37

Einleitung.

§ 1. DAS PROBLEM.

Das bürgerliche Recht sieht für Vertragsverhältnisse von Gesetzes wegen an außerordentlichen Beendigungsgründen im wesentlichen zwei vor: Rücktritt und Kündigung. Beide unterscheiden sich dadurch, daß der Rücktritt die Wirkungen des Vertragsverhältnisses rückwirkend aufhebt, die schon eingetretenen Wirkungen entkräftet, während die Kündigung die in der Vergangenheit entstandenen Wirkungen unangetastet läßt und das Rechtsverhältnis lediglich für die Zukunft auflöst [1]).

Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, zu untersuchen, in welchem Maße die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den nach rückwärts wirkenden Rücktritt zulässig ist bei einer bestimmten Gruppe von Verträgen, die in ihrem Umfange später noch zu bestimmen sein wird, bei den sogenannten Dauerverträgen, oder ob bei diesen nicht in mehr oder minder weitem Umfange anstelle des Rücktrittsrechts ein Recht zur Vertragsauflösung ex nunc, zur Kündigung, und vielleicht nur zu dieser, zu treten hat.

Die Regelung der Voraussetzungen für die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes findet sich im bürgerlichen Gesetzbuch im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse in den §§ 325, 326. Dagegen fehlt es für das Institut der Kündigung an einer solchen allgemeinen Regelung; es finden sich vielmehr Vorschriften, nach denen ein Recht zur Kündigung gegeben ist, nur bei einzelnen der im besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse geregelten Vertragsformen (z. B. §§ 542, 553, 554, 564 ff., 620—624, 626, 671, 723, 724 u. a.). Zu bemerken ist dabei, daß es sich bei den durch die genannten Vorschriften gegebenen Kündigungsrechten um zwei verschiedene Formen handelt: einmal um die befristete Kündigung — die als die eigentliche Kündigung bezeichnet werden kann — und um die fristlose Kündigung („Kündigung auf sofort" [2]), „Abstehen vom Vertrage") [3]). Nur die letztere ist für unsere Betrachtung von Belang, da sie allein — ebenso wie der Rücktritt aus gesetzlichem Grunde — die außerordentliche Form der Beendigung des

1) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung von Heinrich Lehmann 1932, § 38 I. Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 5. Auflage 1929, Vorbem. 1a vor §§ 346 ff. v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, in Jherings Jahrbüchern 64, S. 355 ff. (S. 387). Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, I. Teil: Die Kündigung und das Dauerrechtsverhältnis, in Jher. Jahrb. 76, S. 317 ff. (S. 344).

2) Eltzbacher, Großberliner Mietverträge, 1913, S. 40, 66 ff.

3) Gschnitzer a.a.O. S. 343.

Schuldverhältnisses darstellt; das Recht ordentlicher Kündigung muß dagegen, da ein Schuldverhältnis nicht ewig währen kann, bei allen Verträgen von vornherein in Betracht gezogen werden, bei denen nach dem Gesetz die Auflösung gerade durch Kündigung überhaupt möglich ist.

Da, wie gesagt, die Vorschriften, nach denen ein Recht zur Kündigung gegeben ist, ausschließlich im besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse zu finden sind, während die Voraussetzungen für die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts im allgemeinen Schuldrecht geregelt werden, stellt sich das Problem dieser Arbeit als ein Teil der umfassenderen Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln des allgemeinen Teils des Schuldrechts neben denen des besonderen Teils überhaupt dar.

Betont sei, daß lediglich untersucht werden soll, wieweit gesetzliche Rücktrittsrechte und gesetzliche Kündigungsrechte einander ausschließen bezw. nebeneinander möglich sind. Unerörtert soll dagegen bleiben das Verhältnis vereinbarter Rücktrittsrechte zu den gesetzlichen Kündigungsrechten.

Hauptteil.

DER RÜCKTRITT BEI DEN DAUERVERTRÄGEN DES BGB.

Vorbemerkung.

§ 2. Abgrenzung des Begriffs „Dauerverträge".

Unter Dauerverträgen sind diejenigen Schuldverhältnisse zu verstehen, deren Erfüllung nicht in einer einmaligen, auf einen bestimmten Zeitpunkt konzentrierten Handlung sich erschöpft, sondern ein ununterbrochen fortschreitendes Verhalten erfordert, oder wie v. Gierke[4]) es präzisiert, deren Leistung während eines Zeitraumes erfolgen soll.

Es herrscht Einigkeit im Schrifttum, daß die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Fälle der Verpflichtung zu einem fortgesetzten positiven Verhalten — Miete, Pacht, Gesellschaft sowie die auf fortgesetzte Leistung gerichteten Arbeitsverträge: Dienstvertrag, entgeltlicher Verwahrungsvertrag, entgeltliche Geschäftsbesorgung — diesen Dauerschuldverhältnissen zuzurechnen sind[5]). Die Lehre Sibers[6]) und Lehmanns[7]), daß auch Dauerleistungen im Grunde

4) v. Gierke a.a.O. S. 377.

5) v. Gierke a.a.O. S. 360. Gschnitzer a.a.O. S. 350. Steinberger, Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge), Diss. Erlangen 1910, S. 61.

6) Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung, in Jher. Jahrb. 50, S. 53 ff. (S. 181/182).

7) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S. 59 ff.

nur eine unzählige Vielzahl von dem menschlichen Sinn nicht erkennbaren Einzelleistungen darstellten und deshalb von den Einzelleistungen nicht verschieden seien, widerspricht der Anschauung des Lebens, denn der menschliche Sinn nimmt eben die Dauerleistung als Einheit wahr und sieht nicht unzählige dauernd aufeinanderfolgende Einzelleistungen. Siber hat denn auch diese Lehre selbst als nicht der Lebensanschauung entsprechend und in der Rechtsordnung nicht durchführbar aufgegeben [8]).

Scheidet so die Zerlegung der Dauerschuldverhältnisse in eine Unzahl von Einzelleistungen aus, so ist doch andererseits zu beachten, daß ein großer Teil der oben bezeichneten Verträge auf fortgesetztes Verhalten tatsächlich doch nicht in fortwährend andauernder Tätigkeit erfüllt wird, sondern in mehr oder minder periodischen Leistungsabschnitten; man denke z. B. bei der Miete an den Fall, daß ein Arzt oder Anwalt für auswärtige Sprechstunden auf mehrere Jahre ein Zimmer für einen bestimmten Wochentag mietet oder daß ein Tennisplatz für die Dauer des ganzen Sommers für bestimmte Stunden vermietet wird; der weitaus größte Teil aller Dienstverpflichtungen darf kraft gesetzlicher Vorschrift nur in Tagesabschnitten von je 8 Stunden erfüllt werden; darüber hinaus gibt es aber auch eine Unzahl von Dienstverträgen auf Dienstleistungen in zeitlich begrenzten Abschnitten. Bei allen diesen Verträgen kann von einer immerwährenden Erfüllungstätigkeit keine Rede sein; es gibt in ihrem Ablauf mehr oder minder große erfüllungsfreie Zeiträume. Gleichwohl wird man sie anstandslos als Dauerverträge ansehen können: auch bei ihnen besteht die Erfüllung nicht in einem einmaligen, auf einen bestimmten Zeitpunkt konzentrierten Erfüllungsakt, sondern in einer auf einen längeren Zeitraum verteilten Mehrzahl zeitlich aufeinanderfolgender Erfüllungsakte, die ihrerseits wieder zur Erfüllung einen Zeitraum in Anspruch nehmen, also Dauerleistung sind. Da aber, wie bereits dargelegt ist [9]), die Erstreckung über einen Zeitraum das wesentliche Kennzeichen des Dauervertrages ausmacht, stellen sich auch diese Verträge als Dauerverträge dar.

Es liegt auf der Hand, daß bei diesen Schuldverhältnissen mit ihrer Erstreckung über einen Zeitraum, in zeitlicher Beziehung betrachtet, die Gesamtleistung niemals auf einmal erbracht werden kann. Der Schuldner kann in dieser Beziehung immer nur einen „Teil" leisten. Die allgemeine Vorschrift des § 266 BGB., nach der Teilleistungen regelmäßig nicht zulässig sind — eine Vorschrift, die nicht zwingenden Rechts ist [10]) — kann also insoweit keine Anwendung

---

8) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. II, 1, bearbeitet von Siber, 1914, Anm. 1a zu § 271, S. 160. vgl. auch Gschnitzer a.a.O. S. 365/366.

9) oben S. 2.

10) Kommentar von Reichsgerichtsräten I. Band, 6. Aufl. 1928, Anm. zu § 266.

finden; sie muß nach dem ganzen Inhalt des Schuldverhältnisses als stillschweigend ausgeschlossen gelten [11]).

Wieweit nun aber bei den Dauerschuldverhältnissen überhaupt von einer Teilbarkeit und damit einer Teilleistung in zeitlicher Beziehung die Rede sein kann, ist streitig. Teilleistung ist einerseits Minderleistung, unvollständige Leistung [12]), auf der anderen Seite wird durch sie die ursprüngliche Schuld vermindert.

v. Gierke führt nun hinsichtlich der Dauerschuldverhältnisse aus, sie äußerten eine „konstante Wirkungskraft" [13]), die Erfüllung sei ein „kontinuierlicher Vorgang, der die Schuldverpflichtung weder aufhebe noch mindere" [14]). Damit leugnet er die Möglichkeit der Teilbarkeit der Dauerschuldverhältnisse in zeitlicher Hinsicht und schließt den Begriff „Teilleistung" aus, (ebenso Cosack [15]) für einen großen Teil der Dauerschuldverhältnisse, die Arbeitsverträge). An v. Gierkes Ansicht ist soviel richtig, daß im Dauerschuldverhältnis im ersten wie im letzten Augenblick dem gegenständlichen Umfang nach dieselbe Leistung zu erbringen ist, so daß z. B. der Vermieter am letzten Tage des Mietverhältnisses noch sämtliche Räume überlassen, der Dienstverpflichtete am letzten Arbeitstage noch ebenso intensiv arbeiten muß wie am ersten, wenn er seine Schuld voll erfüllen will. Diese Verpflichtung zu gegenständlich unverminderter Leistung während der ganzen Vertragsdauer ist aber streng zu scheiden von der Frage der Leistungsdauer; sie kann nicht dahin führen zu sagen, daß nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes innerhalb der Vertragsdauer die Schuldnerverpflichtung sich um nichts gemindert habe. Das widerspräche der Anschauung des praktischen Lebens. Wo die Zeit teilbar ist, sieht man auch eine Teilleistung. Der Dienstverpflichtete, der zwölf Tage lang graben soll [16]), wird nach sechs Tagen mit Befriedigung feststellen, daß er die Hälfte der Arbeitszeit hinter sich habe; der Vermieter, der einem unangenehmen Mieter am 1. Januar zum 1. April gekündigt hat, wird am ersten Februar zu seinem Bedauern feststellen, daß erst ein Drittel der restlichen Mietzeit verflossen sei. Die Anschauung des täglichen Lebens erfaßt also den Ablauf einer gewissen Zeit beim Dauerschuldverhältnis ganz bruchteilsmäßig, sieht ihn also durchaus als Teilleistung an. Mit Recht wird deshalb die Möglichkeit des Begriffs „Teilleistung" in zeitlicher Beziehung für den Dienstvertrag von verschiedenen Schriftstellern bejaht [17]), und was für diese Gruppe der

---

11) Hueck, Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918, S. 6. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1925—1930, II, 1, bearb. von Werner, Anm. 3 g zu § 266.

12) Siber, Schuldrecht, 1931, S. 68.

13) a.a.O. S. 359.

14) a.a.O. S. 360.

15) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 7. Aufl. 1922, § 85.

16) Beispiel Lehmanns in Enneccerus II, Anm. 12 zu § 4, IV, 2.

17) Lehmann a.a.O. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, II. Band 1908, Anm. 4 zu S. 527 u. S. 166. Oertmann a.a.O. Anm. 1 d vor § 420.

Dauerverträge gilt, muß auch, wie sich für die Miete schon aus dem angeführten Beispiel ergab, für alle Gruppen von Dauerschuldverhältnissen Gültigkeit haben, und zwar auch da, wo die Teilleistung sich nicht in einem bestimmten Verhältnis zur Gesamtdauer des Vertrages als Bruch darstellen läßt, also bei den unbefristeten Dauerschuldverhältnissen. Um von einer Teilleistung, einer Minderleistung sprechen zu können, ist es nicht erforderlich, daß das Verhältnis der Minderleistung zur Gesamtleistung in einem Bruch festgestellt werden kann; es genügt, wenn sich überhaupt feststellen läßt, daß im Verhältnis zum ganzen ein Minderes geleistet worden ist.

Außer den bereits genannten, im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragsformen, sind aber auch weiterhin zur Gruppe der Dauerverträge zu rechnen die Verträge, die zu wiederkehrenden Leistungen verpflichten, die von v. Gierke[18]) sogenannten Sukzessivlieferungsgeschäfte. Unter ihnen sind sowohl die Sukzessivlieferungsverträge im engeren Sinne zu verstehen, nämlich Verträge auf Lieferung vertretbarer Sachen gegen Entgelt, bei denen die Lieferung der Ware in zeitlich getrennten gleichmäßigen, in ihrem Umfang von vornherein bestimmten Raten zu erfolgen hat[19]), wie auch die sogenannten Bezugsverträge, bei denen die Gesamtleistung wie die Einzelraten nicht fest begrenzt sind, sondern sich nach wechselnden Umständen, z. B. dem Bedarf des Abnehmers oder der Produktion des Lieferers, richten[20]). v. Gierke, der als Hauptbeispiel den Bierlieferungsvertrag nennt, will offenbar nur die zweite Gruppe als Sukzessivlieferungsgeschäfte, die als Dauerverträge zu behandeln wären, ansehen. Aber auch die erste Gruppe von Verträgen muß m. E. hierher gerechnet werden.

Es besteht nun zwar die Erfüllung bei den eben als Dauerschuldverhältnissen gekennzeichneten Vertragsformen nicht in einem einmaligen, ununterbrochen fortdauernden Erfüllungsakt, sondern in einer Mehrzahl einzelner vorübergehender, zeitlich aufeinanderfolgender Erfüllungsakte. Sie ähneln den oben S. 3 erwähnten Typen der gesetzlich geregelten Dauerverträge, die in Leistungsabschnitte zerlegt sind, nur mit dem Unterschied, daß dort die Leistungsabschnitte ihrerseits zur Erfüllung einen Zeitraum in Anspruch nahmen, selbst Dauerleistung waren, während hier die einzelnen Erfüllungsakte vorübergehende, auf einen Zeitpunkt konzentrierte Leistungen sind. Gerade dadurch aber, daß es sich um eine Mehrzahl zeitlich aufeinanderfolgender Akte handelt, erstreckt sich auch hier die Erfüllung des gesamten Rechtsgeschäfts über einen Zeitraum. Die Erstreckung über einen Zeitraum ist aber nach v. Gierke[21]) das Kennzeichen des Dauervertrages. Es können also schon unter diesem Gesichtspunkt die Suk-

18) a.a.O. S. 361.
19) Hueck, a.a.O. S. 20.
20) Gschnitzer, a.a.O. S. 362.
21) vgl. oben S. 2.

zessivlieferungsgeschäfte — im weiteren Sinne — als Dauerverträge bezeichnet werden.

Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu. Wenn es sich auch bei der Erfüllung der Sukzessivlieferungsgeschäfte um eine Reihe vorübergehender einzelner Leistungen handelt, so sind sie doch durch die Parteivereinbarung zu einer Einheit zusammengefaßt. Die einzelnen Leistungen haben ihre wesentliche Bedeutung nicht als Einzelleistung, sondern als Glied der Gesamtheit der Einzellieferungen. Schon bei Windscheid-Kipp[22]) wird darauf hingewiesen, daß „eine Mehrheit von Einzelleistungen unter einem verbindenden Gesichtspunkt als eine Einheit gedacht werden kann". Der verbindende Gesichtspunkt bei — man kann wohl sagen — allen Sukzessivlieferungsgeschäften ist, wie Steinberger[23]) mit Recht hervorhebt der, daß „die einzelnen Teilleistungen zur Deckung eines homogenen, über längere Zeit sich erstreckenden Bedarfs dienen". Bestimmend dafür, diesen Bedarf gerade im Rahmen eines Sukzessivlieferungsgeschäftes zu decken, ist aber, wie schon v. Gierke[24]) andeutet und Rumpf[25]) betont, das Vertrauen darin, daß der Bedarf durch den Sukzessivlieferungsvertrag gerade mit diesem Vertragspartner jetzt und auch künftig ständig gedeckt werde[26]). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag zeitlich oder gegenständlich begrenzt oder unbegrenzt ist, wenn nur eine gewisse Bestimmbarkeit des Bedarfs vorliegt. Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach ein Sukzessivlieferungsvertrag nur in den Fällen vorliegen soll, in denen der Vertragsgegenstand mengenmäßig fest bestimmt ist[27]), wendet sich mit Recht Hueck[28]). Bei allen diesen Verträgen ist der Kern der Schuldnerverpflichtung die Befriedigung des Vertrauens des Gläubigers auf dauernde Bedarfsdeckung, also eine Dauerverpflichtung. Faßt man diese Vertrauensgrundlage des Sukzessivlieferungsgeschäfts ins Auge, so entfällt das Argument Lessers[29]) und Huecks[30]) gegen die Betrachtung der Sukzessivgeschäfte als Dauerverträge, daß die Verpflichtung aus dem Vertrage sich in der Lieferung der Raten zu den

---

22) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Aufl. bearbeitet von Kipp, § 252, 3.

23) a.a.O. S. 13.

24) a.a.O. S. 362.

25) Rumpf, Wirtschaftliche Vertrauensverhältnisse, in Archiv für die Zivilistische Praxis, Band 119 S. 60.

26) vgl. auch Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd. 1906, § 94 IV S. 253: „Der Käufer will nicht etwa 4, 5, 6, 8 Lieferungen haben, sondern will jeweils zurzeit seines Bedarfs gut gedeckt sein."

27) Leipz. Zeit. 1911 S. 379; auch RG. 78 S. 385.

28) a.a.O. S. 8—9. „Der Handelsverkehr braucht, wenn er für die Zukunft Vorsorge treffen will, Verträge mit relativ unbestimmtem Inhalt."

29) Lesser, Das Rücktrittsrecht bei den positiven Vertragsverletzungen 1906, S. 62.

30) Hueck, a.a.O. S. 23/24, der allerdings eine gewisse Ähnlichkeit der Sukzessivgeschäfte mit den gesetzlich geregelten Typen der Dauerverträge zugibt.

festgesetzten Terminen erschöpft und der Vertrag auf die Zeit zwischen den einzelnen Lieferungen überhaupt nicht einwirke. Eine Einwirkung auf die Zwischenzeit liegt aber doch vor — wenn sie auch nach außen hin nicht in Erscheinung tritt —, da der Lieferant in dieser Zwischenzeit alles tun muß, um sich in den Stand zu setzen, zum Lieferungstermin vertragsgemäß, dem Vertrauen des Belieferten entsprechend zu liefern. Auch auf seiten des Belieferten besteht unter Umständen die Verpflichtung, sich annahmebereit zu halten, wenn der Lieferant nach dem Inhalt des Vertrages darauf vertraut, bei diesem Abnehmer seine Produktion absetzen zu können.

Es bedarf unter diesen Gesichtspunkten gar nicht so sehr der Betonung der Tatsache, daß mit Sukzessivlieferungsgeschäften häufig dauernde Unterlassungspflichten — nicht anderweit seinen Bedarf zu decken oder an andere zu liefern — verbunden sind [31]), um zu einer Einreihung dieser Verträge unter die Dauerverträge zu kommen.

Die Sukzessivgeschäfte in diesem Umfange sind zu unterscheiden von den auf Ausführung in Raten gerichteten einfachen Austauschverträgen, z. B. Lieferung einer Fabrikeinrichtung Maschine für Maschine. Hier handelt es sich nicht um einen dauernden, für einen Zeitraum bestehenden Bedarf, sondern um einen Bedarf, der ohne Beeinträchtigung des Wesens des Vertrages auf einmal erfüllt werden könnte, bei dem aber aus technischen Gründen die Erfüllung in Teile zerlegt ist und sich dadurch über einen Zeitraum erstreckt.

Entsprechend seiner Einstellung zur Frage der Möglichkeit einer Teilerfüllung bei den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen erklärt v. Gierke auch bei den Sukzessivgeschäften eine die ganze Schuld mindernde Teilerfüllung für begrifflich nicht denkbar. Die im Rahmen des Sukzessivgeschäftes erbrachte Ratenleistung soll vielmehr stets Vollerfüllung der ihrem Inhalt nach oben gekennzeichneten Dauerschuld sein; die Dauerschuld selbst soll trotz Leistung einer Rate unvermindert fortbestehen und bis zur Leistung der letzten Rate Vollschuld bleiben [32]). Aber auch diese Betrachtungsweise vernachlässigt m. E. das Zeitmoment beim Dauerschuldverhältnis. Gewiß ist es richtig, daß auch die letzte Ratenlieferung im Rahmen eines Sukzessivgeschäftes noch in vollem Umfang erbracht werden muß, ebenso wie der Vermieter am letzten Tage vor dem Ende des Mietverhältnisses noch sämtliche Räume der vermieteten Wohnung überlassen muß. Das ändert aber nichts daran, daß einer natürlichen Betrachtung das Sukzessivschuldverhältnis infolge der Erledigung der Einzelraten als in seinem Bestande gemindert erscheint. Wenn v. Gierke meint, die Verkürzung der Lebensdauer der Dauerschuld durch Zeitablauf sei nicht Folge der Erledigung

---

31) v. Gierke, a.a.O. S. 362; Hueck, a.a.O. S. 23.

32) v. Gierke, a.a.O. S. 362 („eine dauernde, durch Einzelleistungen nicht aufgezehrte Verpflichtung"), S. 366, 367 („die zugrunde liegende Dauerschuld besteht unvermindert fort").

der aus der Dauerschuld entspringenden Einzelschuldverhältnisse, sondern der Begrenzung ihrer Dauer [33]), so ist das m. E. nicht völlig richtig. Die Lebensdauer des Dauerschuldverhältnisses verkürzt sich nicht allein durch den bloßen Zeitablauf, sondern in ebenso starkem Maße auch dadurch, daß zu den festgesetzten Terminen die geschuldeten Ratenleistungen erbracht werden. Mag die Zahl der Raten auch unbestimmt (x) sein, so steht doch fest, daß nach Leistung der jeweils fälligen Raten nur noch x—1, x—2, x—3 usw. Raten zu erbringen sind, bis schließlich bei x—x Raten das Schuldverhältnis erledigt ist. Die Lebensdauer des Dauerschuldverhältnisses wird also auch durch jede Einzelrate verkürzt. Verkürzung der Lebensdauer ist doch Minderung des Bestandes der Schuld. Minderung des Bestandes der Schuld ist aber Teilleistung, sodaß man die Einzelrate durchaus als Teilleistung ansprechen kann. Wie bei den gesetzlich geregelten Dauerverträgen muß auch hier nach der ganzen Natur des Schuldverhältnisses § 360 als ausgeschlossen gelten, denn das Sukzessivgeschäft kann eben nur in „Teilen", nicht auf einmal erfüllt werden. Das schließt aber die Teilbarkeit des Schuldverhältnisses und den Begriff Teilleistung nicht aus [34]).

Die Sukzessivlieferungsverträge zeigen also in jeder Beziehung ihrem Wesen nach eine weitgehende Verwandtschaft mit den vorher genannten gesetzlich geregelten Dauerverträgen. Daraus ergibt sich, daß die Erkenntnisse, die bei der Betrachtung des Verhältnisses von Rücktritt und Kündigung bei den gesetzlich geregelten Dauervertragstypen gewonnen werden, auch für die Sukzessivlieferungsverträge zu gelten haben. Immerhin ergeben sich, vor allem aus der bei aller Einheitlichkeit der Sukzessivleistung doch nicht abzuleugnenden Selbständigkeit der Einzelrate innerhalb des Dauerschuldverhältnisses Probleme so besonderer Art, daß die Erörterung auch der Sukzessivlieferungsgeschäfte den Rahmen dieser Dissertation sprengen würde. Die Untersuchung wird sich deshalb auf die Dauerverträge des Bürgerlichen Gesetzbuches beschränken, und zwar werden, abweichend vom System des Gesetzes, zunächst Dienstvertrag und Gesellschaft abgehandelt werden, da die bei diesen gegebenen Kündigungsrechte im Schrifttum in erster Linie als vorbildlich für die Ausgestaltung des Rechtes der Sukzessivlieferungsverträge angesehen werden. Als letzter gesetzlich geregelter Dauervertrag wird dann die Miete behandelt werden.

§ 3. Der Rücktritt beim Dienstvertrag.

Für das Dienstvertragsrecht gibt § 626 BGB. jedem Vertragsteil das Recht zur fristlosen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen

---

33) a.a.O. S. 367.

34) Hiervon ist streng zu scheiden die Frage, inwieweit durch unvollständige Leistung einer Rate in gegenständlicher Beziehung nur eine Teilleistung vorliegt.

Grundes. Das gleiche Recht gewährt § 70 HGB. für das Gebiet des Handelsrechts. Wie weit neben diesen Kündigungsrechten Raum für die Ausübung des Rücktrittsrechts aus §§ 325, 326 BGB. ist, ist Gegenstand lebhaften Streites im Schrifttum. Für den Ausschluß des Rücktrittsrechts treten von den Kommentaren und Lehrbüchern ein Planck[35]), Staudinger[36]), der Reichsgerichtsräte-Kommentar[37]), Düringer-Hachenburg[38]), Staub[39]), Lehmann-Ring[40]), Enneccerus[41]), Kohler[42]), Siber[43]), von Einzelschriftstellern vor allem Titze[44]), von Gierke[45]), Anton[46]), Martius[47]), während ein Rücktrittsrecht neben dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde befürwortet wird von Cosack[48]), Warneyer[49]), Neumann[50]), Oertmann[51]), Brand[52]), Kisch[53]). In der Rechtsprechung hat sich das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen[54]) für den Ausschluß des Rücktrittsrechts durch das Recht fristloser Kündigung ausgesprochen.

Einige Vertreter der Ansicht, daß durch das Kündigungsrecht aus § 626 das Recht zum Rücktritt aus §§ 325, 326 ausgeschlossen sei,

---

35) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. II, 2, 1928, Anm. 6 zu § 626.

36) a.a.O. II, 3 bearbeitet von Nipperdey, Anm. VIII zu § 626; anders die 7./8. Aufl. 1912, Anm. I b zu § 626.

37) a.a.O. II. Bd. Anm. 6 zu § 326, 3 zu § 626.

38) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Aufl., 1930, Vorbem. 17 vor §§ 59 ff.; anders die 2. Aufl., 1908, Vorbemerk. 18 vor §§ 59 ff., Anm. 5 zu § 70.

39) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, bearbeitet von Bondi und Pinner, 12./13. Aufl. 1926, Anm. 29 zu § 70.

40) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., 1914, Anm. 8 zu § 70.

41) a.a.O. § 144 II; anders die 10. Bearbeitung 1927, § 367, II, III.

42) a.a.O. S. 259.

43) Schuldrecht S. 333.

44) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900, S. 296; derselbe, Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Bd. 2. Abteil. 1918, S. 702; derselbe, in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band 45, S. 338 ff. (S. 379).

45) a.a.O. S. 390.

46) Anton, Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? Diss. Erlangen 1905, S. 32.

47) Martius, Der Bergführervertrag, 1906, S. 55, 57.

48) a.a.O. § 206 II a.

49) Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. 2. Aufl. 1930, Anm. II § 626.

50) Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band, 6. Aufl. 1912, Anm. 1 zu § 626.

51) a.a.O. Anm. 4 zu § 628; derselbe, Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923, S. 131.

52) Brand, Das Handelsgesetzbuch, 1911, Anm. 4 zu § 70.

53) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, 1900, S. 144, 148; derselbe, in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 44, S. 506 ff., (S. 562).

54) Entscheidungen in Zivilsachen (RGZ.) Bd. 92, S. 158 (S. 159); Juristische Wochenschrift 1911, S. 106, Nr. 40; 1912, S. 73, Nr. 12.

stützen sich auf den Satz: lex specialis derogat legi generali [55]). Der eigens für das Recht des Dienstvertrages geschaffene § 626 soll gegenüber den für alle Verträge geltenden §§ 325, 326 eine Sondernorm darstellen, die die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften ausschließe.

Es ist zwar richtig, daß § 626 eine auf das Recht des Dienstvertrages beschränkte Sondervorschrift darstellt, während die §§ 325, 326 als allgemeine Vorschriften für alle Vertragsformen des Schuldrechts gelten. Es ist auch richtig, daß nach einer Ansicht [56]), die wohl als die herrschende bezeichnet werden und deren Richtigkeit dahingestellt bleiben kann, die lex generalis in den Fällen der lex specialis unanwendbar sein soll. Gleichwohl kann mit dem Satze „lex specialis derogat legi generali" hier nicht einfach operiert werden. Ist § 626 überhaupt „lex specialis" im Sinne jenes Satzes gegenüber den §§ 325, 326? Schmidt [57]) definiert: „Ein Gesetz ist als lex specialis gegenüber einem anderen Gesetz (der lex generalis) anzusehen, wenn der Tatbestand des ersteren Gesetzes stets zugleich auch die Tatbestandsmerkmale des anderen umfaßt, diesen aber noch ein oder einige andere Tatbestandsmerkmale hinzufügt. Alle Fälle der lex specialis müssen auch unter die Fälle der lex generalis fallen". In diesem Sinne verstanden kann § 626 nicht als lex specialis gegenüber den §§ 325, 326 angesehen werden. Die §§ 325, 326 umfassen Fälle schuldhafter Nicht- bezw. Späterfüllung; § 626 trifft, wie sich aus § 628 ergibt, neben Fällen schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens auch Fälle, bei denen eine Verschulden nicht vorzuliegen braucht, darüber hinaus auch Fälle, die „in einer objektiven Sphäre liegen" [58]), d. h. bei denen nicht einmal eine Vertragswidrigkeit gegeben ist. Alle diese von der Sondervorschrift gedeckten Fälle nicht schuldhaften Verhaltens können aber natürlich nicht unter die §§ 325, 326 fallen. § 626 kann also nicht als lex specialis im technischen Sinne gegenüber jenen Vorschriften bezeichnet werden. Infolgedessen kann auch nicht einfach argumentiert werden: weil § 626 lex specialis gegenüber den leges generales §§ 325, 326 ist, schließt er jene aus. Es muß vielmehr untersucht werden: Gibt es Fälle, bei denen die Möglichkeit der Lösung des Dienstverhältnisses nur mittels Kündigung nicht allen praktischen Bedürfnissen gerecht wird, vielmehr die Möglichkeit der Vertragslösung mittels Rücktritt offen bleiben muß, damit jene Fälle in befriedigender Weise gelöst werden, oder wird allein durch die Möglichkeit der Kündigung das Interesse an der Auflö-

55) z. B. Staudinger, Enneccerus-Lehmann, Lehmann-Ring.

56) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß 1912, S. 13, 15, 31, 192, 201, 328, insbesondere S. 192. Fischer, O. Chr., Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, 1905, S. 89, 99. RGZ. 61, 270; anderer Ansicht Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht, 1915, S. 34 ff.

57) a.a.O. S. 28.

58) Oertmann a.a.O. Anm. 3 c zu § 626. Siber, Schuldrecht S. 334; Planck Anm. 3a zu § 626; Staudinger Anm. II 5 c zu § 626.

sung des Vertragsverhältnisses in jeder Richtung und in so umfassender Weise befriedigt, daß die Anwendung der §§ 325, 326 für das Dienstvertragsrecht überflüssig und entbehrlich, ja darüber hinaus aus praktischen Gründen vielleicht sogar unerwünscht ist? Gegenüber dieser Frage bedeutet die Argumentation allein mit dem Satz „lex specialis derogat legi generali" eine unzulässige Vorwegnahme des Ergebnisses; denn nur soweit die Sonderregelung lückenlos sein will [59]) oder besser gesagt, soweit sie lückenlos ist [60]), schließt sie die Anwendung der allgemeinen Vorschrift aus.

Die Frage: macht § 626 in der Tat die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 überflüssig, wird bejaht vor allem von v. Gierke [61]), Titze [62]) und auch vom Reichsgericht [63]). Nach ihrer Ansicht regelt § 626 in Verbindung mit § 628 die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung des Vertragsverhältnisses endgültig und erschöpfend, so daß für den Rücktritt aus §§ 325, 326 kein Raum bleibt.

Dieser Anschauung steht auf den ersten Blick die Tatsache entgegen, daß § 346 Satz 2 für den Fall des Rücktritts ausdrücklich bestimmt: „Für geleistete Dienste ..... ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrage eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten". Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich lediglich, daß dieser Satz im 1. Entwurf (§ 427) fehlte und erst auf einen Antrag der zweiten Kommission eingefügt wurde; über die Gründe für die Einfügung wird nichts berichtet [64]). Es läßt sich deshalb nicht feststellen, ob bei der Fassung dieser Gesetzesstelle gerade an das Verhältnis zwischen der fristlosen Kündigung und dem Rücktritt aus §§ 325, 326 gedacht wurde und mit der Einfügung des Satz 2 zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß neben dem speziellen Kündigungsrecht auch noch Raum für den Rücktritt auf Grund allgemeiner Vorschriften sei.

Aber selbst wenn dem so wäre, würde diese Stellungnahme des Gesetzgebers nicht dazu zwingen, die Zulässigkeit des Rücktritts neben der Kündigung anzuerkennen, wenn sich bei der praktischen Handhabung herausstellte, daß in der Tat § 626 alle möglichen Fälle der Vertragsverletzung deckt und ein schutzwürdiges Interesse für die Zulassung des Rücktritts nicht anerkannt werden kann.

---

59) Oertmann, Kommentar Vorbem. 4a vor §§ 320 ff. Ebenso noch Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in Gruchots Beiträgen Bd. 46, S. 1 ff., 253 ff. (S. 296).

60) so zutreffend Martius a.a.O. S. 46.

61) vgl. oben Anm. 45.

62) vgl. oben Anm. 44.

63) vgl. oben Anm. 54.

64) vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band Recht der Schuldverhältnisse 1899, S. L., 155, 726 Nr. 2 c, 1240 (wo als Grund für die Einfügung lediglich angegeben wird, sie ergebe sich aus der Grundauffassung des Entwurfs, wonach jeder Teil, obschon nur auf obligatorischem Wege, tunlichst in die gleiche Lage zurückversetzt werden soll, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre) und S. 1275.

Ebensowenig kann Kisch's[65]) formales Argument gegen den Ausschluß des Rücktritts durch das Kündigungsrecht aus § 626 als durchschlagend angesehen werden, nämlich die Ablehnung eines in der zweiten Kommission bei der Beratung des Entwurfs gestellten Antrages, die Vorschrift des § 628 auch für die Fälle der Unmöglichkeit für anwendbar zu erklären[66]). Dieser Hinweis auf einen im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck kommenden Kommissionsbeschluß kann ebensowenig als beweiskräftig angesehen werden, wie der Hinweis auf den Wortlaut des § 346. Es ist keine Gewähr gegeben, „ob die in den Protokollen der zweiten Kommission angeführten Gründe die durchschlagenden, geschweige denn die einzigen waren, noch weniger, ob sie von den gesetzgebenden Faktoren, dem Bundesrate und dem Reichstage, gekannt und gebilligt wurden“ [67]). Der Inhalt der Kommissionsprotokolle bietet demnach eine zuverlässige Grundlage für die Stellungnahme zu dem hier streitigen Problem nicht.

Aber selbst wenn die Protokolle die maßgeblichen Gründe der gesetzgebenden Körperschaften offenbaren würden, würde das nicht ausschließen, daß die Rechtslehre mit fortschreitender Entwicklung dem Gesetzeswortlaut, aus dem die von der Kommission gewollte Beschränkung nicht ersichtlich ist, eine andere Auslegung gibt, als sie dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat. Gerade die Betrachtung des Problems für den Dienstvertrag zeigt, daß der Standpunkt namhafter Rechtslehrer sich geändert hat [68]). Es kann deshalb die unbedingte Bindung an die Gesetzesmaterialien nicht gebilligt werden; „man kann ihnen nicht folgen, wenn überwiegende Gründe des Wortlauts, des Zusammenhangs mit dem übrigen Gesetzesinhalt, der Zweckmäßigkeit, Billigkeit oder Folgerichtigkeit es widerraten“ [69]).

Die Frage nach dem Ausschluß des Rücktrittsrechts durch §§ 626 ff. wird von Oertmann[70]) hinsichtlich des Rücktritts wegen Unmöglichkeit verneint aus dem sachlichen Grunde, § 626 gebe ein Kündigungsrecht nur, „wenn und soweit die Leistung noch möglich sei“. Soweit die Leistungsunmöglichkeit bereits eingetreten und damit die Voraussetzung für die Anwendung des § 325 gegeben sei, sei für eine besondere Kündigung weder Raum noch Bedürfnis, da der Anspruch auf Erfüllung ohnedies ausgeschlossen sei und dem Dienstberechtigten, wenn der Gegner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte, schon je nach Wahl ein Ersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht mit Wirkung ex tunc zustehe.

Dieser Ausschluß des Kündigungsrechs kann nicht gebilligt werden. Unter den Begriff des wichtigen Grundes, d. h. einer Situation,

---

65) Kisch, Krit. Viertelj.Schr. 44 S. 562.
66) Mugdan a.a.O. S. 915.
67) Enneccerus, Lehrbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung von Nipperdey, 1931, S. 148.
68) vgl. oben die Fußnoten 36, 38, 41.
69) Nipperdey a.a.O. S. 147.
70) vgl. oben Fußnote 51.

angesichts deren dem einen Vertragsteil die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, kann sehr wohl auch die Leistungsunmöglichkeit, sei es verschuldete oder unverschuldete, fallen [71]). Die Fortsetzung eines Dienstverhältnisses, bei dem ein Vertragsteil schuldhaft nicht bloß eine Störung der gegenseitigen Beziehungen, sondern sogar die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung herbeiführt, ist eben für den anderen Teil nicht zumutbar. Man denke sich — um ein ganz modernes Beispiel zu nehmen — den Fall, daß der Bote eines Geschäfts in angetrunkenem Zustand mit dem Motorrad des Geschäftsherrn eine Schwarzfahrt unternimmt, unvorsichtig fährt, stürzt und ein Bein bricht, so daß er zeitweilig oder — etwa infolge einer Lähmung — dauernd zur weiteren Verrichtung seiner Botendienste außerstande bleibt. Zweifellos liegt in einem solchen Falle eine verschuldete Unmöglichkeit der Leistung vor; ebenso zweifellos stellt aber auch das Verhalten des Dienstverpflichteten einen wichtigen Grund zur Kündigung für den Dienstherrn dar. Da hiernach der Tatbestand des § 626 gegeben ist, ist nicht einzusehen, warum das in dieser Vorschrift gegebene Kündigungsrecht nicht Platz greifen soll, zumal durch die Kündigung in einwandfreier Weise klargestellt wird, daß der Vertrag für die Zukunft keine Wirkung mehr erzeugt. Gegenüber dem Rücktritt bietet dabei die Kündigung den praktischen Vorteil, daß nach § 628 Abs. II Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verlangt werden kann, während im Falle des Rücktritts mit der rückwirkenden Aufhebung des Vertragsverhältnisses auch die Möglichkeit, das Erfüllungsinteresse aus dem Vertrage zu fordern, entfällt [72]).

Damit ist aber erst die Frage geklärt, ob die vertretbare Unmöglichkeit überhaupt ein Recht zur Kündigung gibt und nicht etwa allein der Rücktritt aus § 325 in Frage kommt. Ungelöst ist noch das Problem, ob die damit eröffnete Kündigungsmöglichkeit nun den Rücktritt verdrängt. Es fragt sich also, ob ein praktisches Bedürfnis für die weitere Zulassung des Rücktritts besteht oder ob nicht im Gegenteil praktische Erwägungen dagegen sprechen. Ein Bedürfnis für Zulassung des Rücktritts könnte dann angenommen werden, wenn der vertragstreue Teil ein berechtigtes Interesse daran hätte, das Vertragsverhältnis nicht nur für die Zukunft aufzulösen, sondern gerade auch die in der Vergangenheit liegenden Wirkungen zu beseitigen. Dem könnte entgegengehalten werden, daß es nicht angebracht sei, auf die vergangene Zeit zurückzugreifen und den bereits erledigten Teil des Dienstverhältnisses wiederaufzurollen, da ja die beim Rücktritt notwendige Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen in Ansehung der Dienstleistung in natura nicht möglich sei. Dieses letztere Bedenken gegen die Zulassung des Rücktritts wird aber durch die

71) Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2. Bd. 1908, S. 185; Martius a.a.O. S. 56/57.

72) durchaus herrschende Meinung: vgl. Oertmann Anm. 2a, Planck-Siber Anm. 1b, Staudinger Anm. I 3, RGR. Komm. Anm. 1 b zu § 325.

schon erwähnte positive Bestimmung des § 346 Satz 2 beseitigt, wonach für Dienstleistungen der Wert zu vergüten ist. Das praktische Bedürfnis nach der Zulassung des Rücktritts meint Lotmar [73]) im Hinblick auf die Wirkungen der praktischen Durchführung des Rücktrittsrechts verneinen zu können, die im Endergebnis dieselben seien wie bei Durchführung der Kündigung. Nach §§ 346—356 sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen gegenseitig zurückzugewähren. Tritt nun die Unmöglichkeit am Anfang des Dienstverhältnisses ein, so ist nichts zurückzugewähren, da ja noch nichts gegenseitig geleistet ist, es sei denn, daß der Dienstlohn vorgeleistet worden ist. Tritt dagegen die Unmöglichkeit während des Laufes des Dienstverhältnisses ein, so tritt der Verpflichtung des Dienstherrn zur Entrichtung des Entgelts für die geleisteten Dienste (aus § 346 Satz 2) die Verpflichtung des Dienstverpflichteten zur Rückgewähr des empfangenen Entgelts gegenüber, so daß die Rücktrittswirkungen sich gegenseitig aufheben, d. h. die Wirkung dieselbe ist, als wenn gekündigt wird, also für die Vergangenheit nichts zurückzugewähren ist.

Das trifft für die Mehrzahl der Fälle das richtige und würde einen triftigen Grund gegen die Zulassung des Rücktrittsrechts bilden können. Lotmar übersieht aber, daß längst nicht alle Fälle von dieser Regelung betroffen werden; es bleiben die Fälle übrig, in denen sich nach dem Eintritt der Unmöglichkeit herausstellt, daß entsprechend der gesetzlichen Regel (§ 614) pränumerando geleistete Dienste wertlos waren. Man denke an folgenden Fall: ein Geschäftsinhaber nimmt für eine mehrmonatige Auslandsreise einen Vertreter, der monatlich postnumerando entlohnt wird. Nach Ablauf des ersten Monats — aber noch vor der Lohnzahlung — wird der Vertreter infolge leichtfertigen Lebenswandels krank und für den Rest der Dienstzeit dienstunfähig. Es stellt sich dabei — also erst jetzt — auch heraus, daß er zur Ausführung der ihm übertragenen Dienste durchaus unfähig war und irgend welche brauchbare Tätigkeit überhaupt nicht entfaltet hat. Tritt in diesem Falle der Dienstherr wegen der Unmöglichkeit zurück, so hat der Angestellte, der ja noch keinen Lohn erhalten hat, nichts zurückzugewähren, ebensowenig aber der Dienstherr. Die Bestimmung des § 346 Satz 2, daß anstelle der Rückgewähr geleisteter Dienste die vereinbarte Geldvergütung zu entrichten ist, ist nicht dahin zu verstehen, daß das Entgelt in jedem Falle zu zahlen ist. Diese Bestimmung ist vielmehr nur eine Ausgestaltung des Grundsatzes, daß im Falle des Rücktritts die gegenseitige Bereicherung zurückzugewähren ist; das Entgelt soll dann nur die Berechnungsgrundlage für den Wert der Bereicherung des Dienstherrn darstellen. Sind deshalb die geleisteten Dienste objektiv wertlos, so ist mangels einer Bereicherung seitens des Dienstherrn

---

73) a.a.O. S. 185—187; ebenso Kreß, Lehrbuch des Allg. Schuldrechts 1929, S. 161/162.

nichts zu erstatten [74]). Anders bei der Kündigung: hier bliebe — sofern nicht die ausdrückliche oder auf Grund der Verkehrssitte stillschweigende, insbesondere beim Akkordlohnvertrag mögliche Vereinbarung besteht, daß nur für fehlerlos geleistete Arbeit Lohn gezahlt werden soll [75]) — das Dienstverhältnis für die abgelaufene Zeit bestehen und damit die Verpflichtung des Dienstherrn zur Lohnzahlung für die bis zur Kündigung abgelaufene Dienstzeit. § 628 Abs. I Satz 2 — „Veranlaßt er (scil. der Dienstverpflichtete) durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung . . ., so steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben" — hilft nicht, da die Dienste für den Dienstherrn nicht infolge der eingetretenen Unmöglichkeit und des ihr zugrundeliegenden Verhaltens ohne Interesse sind, sondern infolge ihrer Wertlosigkeit, die auf die Unmöglichkeit ohne Einfluß war. Der Dienstherr bliebe also, wenn er für die wertlosen Dienste kein Entgelt zahlen will, allenfalls auf eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen angewiesen. In Frage käme ein Anspruch aus § 628 Abs. II (der sich auf die eingetretene Unmöglichkeit gründen müßte); die Begründung und Substantiierung eines solchen Anspruchs dürfte aber in der heutigen Zeit des Überangebots von Arbeitskräften nicht ohne weiteres möglich sein. Weiter wäre ein Schadensersatzanspruch wegen Schlechtleistung zu erwägen [76]). Ein solcher Anspruch ist aber an die Voraussetzung des Verschuldens für die Schlechtleistung geknüpft. Fehlt es daran, so macht die Begründung eines solchen Schadensersatzanspruchs Schwierigkeiten, insbesondere wenn die Schlechtleistung darauf beruht, daß der Dienstverpflichtete nicht über die erforderlichen Kräfte und Fähigkeiten verfügt. Auch abgesehen davon wird der Dienstherr einen ihm durch die Unfähigkeit des Vertreters entstandenen Schaden nicht ohne weiteres dartun können [76a]). Es sind also u. U. umfangreiche und schwierige Beweise zu führen, während für die Begründung des Rücktrittsrechts lediglich der Eintritt der Unmöglichkeit nachgewiesen zu werden braucht und der Dienstverpflichtete sich exkulpieren muß. Selbst wenn aber auch die Entstehung von Schadensersatzansprüchen nachgewiesen werden kann, führt die Aufrechnung dieser Ansprüche gegen den Lohnanspruch nicht ohne weiteres zu der als gerechtfertigt erkannten Befreiung des Dienstherrn von der Verpflichtung zur Lohnzahlung, weil die Aufrechnung nur in beschränktem Umfange zulässig ist (vgl. § 394). Der Rücktritt beseitigt dagegen die beiderseitigen Verpflichtungen ex tunc völlig. Die Zulassung des Rücktritts führt also gegenüber dem umständlichen und keineswegs immer zu dem gewünschten Er-

74) Planck-Siber Anm. 2 zu § 346; Oertmann Anm. 4 zu § 346; RG. in JW. 1911, S. 756.

75) vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., § 33 II 2; Staudinger Anm. V 9 b zu § 611.

76) Hueck-Nipperdey a.a.O. § 33 II 3; Staudinger Anm. V 9 b zu § 611.

76a) vgl. z. B. Planck-Siber § 276, 2b, andererseits Hueck-Nipperdey a.a.O.

gebnis führenden Aufrechnungsverfahren glatt und ohne konstruktive Schwierigkeiten zu einem billigen Ergebnis.

Man könnte noch daran denken, die Versagung des Rücktrittsrechts in den Fällen, in denen der Kündigungsberechtigte ein berechtigtes Interesse an der rückwirkenden Auflösung des Vertragsverhältnisses hat, damit zu rechtfertigen, daß man auf das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. verweist. Aber auch damit wird man nicht alle Fälle erfassen können; der Angestellte braucht in dem gegebenen Beispiel keineswegs durch eine arglistige Täuschung über seine Fähigkeiten seinen Posten erlangt zu haben, so daß eine rückwirkende Auflösung durch Anfechtung nicht möglich ist und lediglich der Weg des Rücktritts offen bleibt, um den Dienstherrn von seiner Verpflichtung zur Lohnzahlung freizustellen.

Die Ausübung des demnach nicht völlig entbehrlichen Rücktrittsrechts muß jedoch gewissen Beschränkungen unterliegen. Es ist zu berücksichtigen, daß ein überwiegend großer Teil der Dienstverhältnisse, nämlich die sogenannten abhängigen, in denen der Dienstverpflichtete nicht selbst seinerseits Unternehmer, sondern in sozialer Abhängigkeit in den Betrieb eines anderen organisatorisch eingegliedert ist [77]), nicht lediglich den schuldrechtlichen Normen des BGB. untersteht, sondern daß für diese Vertragsverhältnisse ein besonderes Rechtsgebiet, das Arbeitsrecht, gilt, das seine Ausprägung gefunden hat in dem „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit". Nach dem Grundgedanken dieses Gesetzes, dem Gedanken der sozialen Betriebsverbundenheit, sind Arbeitgeber und -nehmer durch ein personenrechtliches Band verbunden. Aus dieser Bindung folgt auf der einen Seite die Treupflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, auf der anderen Seite die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeiter (§ 2 Abs. II des Gesetzes: „Er — nämlich der Führer des Betriebes — hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen") [78]). Aus dieser Fürsorgepflicht ist zu folgern, daß der Arbeitgeber es in einem abhängigen Dienstverhältnis nach Möglichkeit nicht dahin kommen lassen darf, daß der Arbeitnehmer längere Zeit seine Kraft an eine Arbeit wendet, für die er nachher wegen ihrer Wertlosigkeit keine Vergütung erhält. Treu und Glauben verpflichten vielmehr den Betriebsführer, die Arbeit seiner Gefolgschaftsmitglieder, soweit es irgend möglich ist, daraufhin zu überwachen, ob sie den zu stellenden Anforderungen entspricht, und, wenn das nicht der Fall ist, alsbald nach Kenntnisnahme von dem Mangel klare Verhältnisse für den Dienstverpflichteten zu schaffen, indem er von dem ihm zustehenden Rechtsbehelf der Kündigung alsbald Gebrauch macht. Unterläßt er diese alsbaldige Kündigung und nimmt er die — wegen der Unfähigkeit des Angestellten wertlosen — Dienste weiter an, so würde es gegen Treu und Glauben verstoßen,

---

77) vgl. Staudinger Vorbemerkung II 1—3 vor §§ 611 ff.

78) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause. Die Ordnung der nationalen Arbeit 1934, Einleitung S. 21; Anm. II d, III d zu § 2.

wenn er bei Eintritt der Unmöglichkeit den für den Dienstverpflichteten in seinen Wirkungen so schwerwiegenden Rücktritt ausübt, obwohl er schon vorher in einer für den Dienstverpflichteten weniger schwerwiegenden Weise das Dienstverhältnis hätte lösen können. Hat der Dienstberechtigte diese Möglichkeit der rechtzeitigen Lösung des Vertrages nicht ausgeübt, so kann ihm auch jetzt das Rücktrittsrecht nicht zugebilligt werden; er muß dann auch bei Eintritt der Unmöglichkeit auf die Kündigung beschränkt bleiben. Wo aber trotz Kontrolle der Dienstberechtigte die Wertlosigkeit der Dienste nicht bemerken konnte oder wo er vielleicht gar keine Möglichkeit zur Kontrolle und damit zur Ausübung der rechtzeitigen Kündigung hatte, muß ihm die Möglichkeit gelassen werden, sich von seiner Lohnzahlungspflicht auch für die vor dem Eintritt der Unmöglichkeit und vor seiner Kenntnis geleisteten wertlosen Dienste freizustellen. Diese Möglichkeit bietet ihm aber nur der Rücktritt. Fälle dieser Art mögen nicht häufig sein. Kommen sie aber vor, so besteht ein erhebliches Interesse des Arbeitgebers an der Zulassung des Rücktrittsrechts, so daß der Rücktritt aus § 325 für das Dienstvertragsrecht nicht völlig entbehrt werden kann.

Daß Verzug mit der Leitung einen wichtigen Grund i. S. des § 626 bilden kann, wird kaum bestritten [79]). Unterstellt man zunächst, daß alle Verzugsfälle auch unter § 626 fallen, so fragt sich, ob dann noch ein Bedürfnis für die Zulassung des Rücktritts aus § 326 — der an schwerere Voraussetzungen als der Rücktritt aus § 325 geknüpft ist (Fristsetzung !) — vorliegt. Lotmar [80]) verneint das aus denselben Gründen wie bei der Unmöglichkeit: die Durchführung des Rücktritts habe im Ergebnis keine anderen Wirkungen als die Kündigung [81]). Daß das nicht für alle Fälle zutreffend ist, ergibt sich ohne weiteres, wenn man den oben angenommenen Fall dahin abwandelt, daß dem Angestellten die Fortsetzung seiner bisher wertlosen Dienste nicht unmöglich wird, sondern daß er damit in Verzug gerät und trotz Fristsetzung nicht leistet. Dann müßte im Falle der Kündigung der Dienstherr das Entgelt für die Zeit bis zum Eintritt des Verzuges zahlen und könnte es nur zurückhalten, wenn er einen Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. II oder aus Schlechterfüllung hätte, während er im Falle des Rücktritts, da er durch die wertlosen Dienste nicht bereichert ist, überhaupt nicht zur Zahlung des Entgelts verpflichtet wäre. Wie im Falle der Unmöglichkeit muß auch hier die Einschränkung gelten, daß dem Dienstherrn der Rücktritt dann versagt werden muß, wenn er die Wertlosigkeit der Dienste gekannt hat oder bei genügender Kontrolle hätte kennen müssen und es versäumt hat, rechtzeitig das Dienstverhältnis durch Kündigung zu lösen. Hat er aber ohne Verschulden keine Kenntnis von der Wert-

79) auch Oertmann Anm. 4 zu § 628 gibt zu, daß Verzug — seiner Meinung nach im Gegensatz zur Unmöglichkeit — einen wichtigen Grund zur Kündigung bietet.

80) a.a.O. S. 155—158.

81) vgl. oben S. 14.

losigkeit gehabt, sodaß er nicht hatte kündigen können, so muß ihm durch Gewährung des Rücktrittsrechts die Möglichkeit gegeben werden, sich für die Zeit vor seiner Kenntnis von der Verpflichtung zur Lohnzahlung freizustellen.

Es bleibt noch eine Reihe von Verzugsfällen übrig, in denen auch eine Kündigung aus wichtigem Grunde nicht zulässig und dadurch bei Versagung des Rücktrittsrechts eine Auflösung des Vertragsverhältnisses überhaupt nicht möglich wäre. Es ist da in erster Linie an die Fälle des Verzuges infolge leichter Fahrlässigkeit zu denken; eine auf geringem Verschulden beruhende Leistungsverzögerung braucht nicht in jedem Falle die Vertrauensgrundlage des Dienstverhältnisses so zu erschüttern, daß die Fortsetzung nicht als zumutbar anzusehen ist. Wollte der vertragstreue Teil in diesen Fällen gleichwohl den Vertrag lösen, so bliebe ihm nur die Möglichkeit des Rücktritts. Gegen dessen Zulassung könnte man einwenden, wo die Möglichkeit der Auflösung des Vertragsverhältnisses ex nunc nicht gegeben ist, weil das Verhalten des vertragsuntreuen Teiles keinen wichtigen Grund bildet, könne auch die schwerer wiegende Auflösung ex nunc nicht statthaft sein. Dieses Bedenken erledigt sich jedoch dadurch, daß der Rücktritt ja nicht nur Verzug voraussetzt, sondern daß es auch einer Fristsetzung zur Nachholung der Leistung bedarf, ehe zurückgetreten werden kann. Will der säumige Teil die schwerwiegenden Rücktrittsfolgen vermeiden, so braucht er nur innerhalb der Nachfrist die verspätete Leistung nachzuholen. Wo die schwerere Voraussetzung des Rücktrittsrechts (Nachfristsetzung) nicht vorzuliegen braucht, weil infolge des Verzuges der andere Teil kein Interesse an der Leistung mehr hat (§ 326 Abs. II), gibt der Gesetzgeber dadurch, daß er die Fristsetzung für entbehrlich erklärt, zu erkennen, daß allein die Tatsache des Verzuges in diesen Fällen hinreichenden Anlaß zur Auflösung des Vertrages bietet. Ist das der Fall, so ist aber auch in der Leistungsverzögerung trotz des geringen Verschuldens ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 gegeben — der ja nicht einmal an die Voraussetzung des Verschuldens geknüpft ist (vgl. S. 10 oben). Der vertragstreue Teil kommt also schon mit der Kündigung aus § 626 zum Ziele. Die Zulassung des Rücktritts ist also nur für die Fälle des Verzuges aus leichtem Verschulden erforderlich, die nicht unter § 326 II fallen; soweit § 326 II Anwendung finden könnte, ist der Rücktritt entbehrlich, da auch § 626 Platz greift, es sei denn, daß es sich bei den in der Vergangenheit liegenden Diensten um wertlose handelt. Für diese kann nach den Ausführungen oben S. 16/17 sofern der Dienstherr ohne Verschulden von der Wertlosigkeit und damit der Kündigungsmöglichkeit vor Eintritt des Verzuges keine Kenntnis hatte, auf den Rücktritt nicht verzichtet werden.

§ 4. Der Rücktritt bei der Gesellschaft.

Für das Gesellschaftsrecht bestimmt § 723 Abs. I Satz 2 und 3: „Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablauf der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig."

Daß neben diesem Kündigungsrecht noch Raum für einen Rücktritt nach §§ 325, 326 sei, wird von einigen Schriftstellern schon deshalb bestritten, weil die Gesellschaft kein gegenseitiger Vertrag sei, die §§ 320 ff. also keine Anwendung finden könnten[82]). Demgegenüber sieht die überwiegend herrschende Meinung die Gesellschaft als einen gegenseitigen Vertrag an[83]). Ihr dürfte beizupflichten sein. Sieht man freilich das Wesen des gegenseitigen Vertrages in einem Austausch der Leistungen der Vertragspartner (so Titze), so wird allerdings bei der Gesellschaft von Gegenseitigkeit nicht die Rede sein können. Austausch der Leistungen ist aber nicht wesensnotwendig für den gegenseitigen Vertrag; es genügt, daß die Leistungen jeder Partei ohne direkten Austausch als Entgelt für die Leistungen der anderen versprochen werden[84]), und das ist auch bei der Gesellschaft der Fall: jeder Gesellschafter übernimmt Verpflichtungen zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes, weil auch die anderen das tun. Das Gesetz spricht ja denn auch ausdrücklich von einer gegenseitigen Verpflichtung.

Von dem Standpunkt aus, daß die Gesellschaft gegenseitiger Vertrag sei, verneinen gleichwohl die Möglichkeit eines Rücktritts aus §§ 325, 326 Enneccerus-Lehmann[85]), Kreß[86]), Heck[87]), Siber[88]), v. Gierke[89]), Gschnitzer[90]), Stau-

82) z. B. Kohler a.a.O. S. 260. 276/77; Titze, Unmöglichkeit S. 309 ff.; Gierke, O. v., Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, 1917, S. 830 (der allerdings die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über gegenseitige Verträge auf die Gesellschaft zugibt), ferner Siber Grundriß S. 403 wenigstens hinsichtlich der Beitragspflichten.

83) Enneccerus-Lehmann § 173 III, Oertmann Anm. 4 zu § 705, Planck Vorbem. 4 vor §§ 705 ff., Staudinger Anm. II 2 zu § 705, RGR.Komm. Anm. 4 zu § 705, Siber S. 402 mit der oben Anm. 82 erwähnten Einschränkung, Kisch, Unmöglichkeit S. 3, Krit. Viertelj.Schr. 44 S. 565.

84) so mit Recht die herrschende Meinung.

85) a.a.O. § 173 III 2.

86) a.a.O. § 19 Nr. 4 B f S. 440. (Er verneint die Zulässigkeit des Rücktritts bedingungslos nur für den Fall des § 326. Den Rücktritt aus § 325 will er neben dem Kündigungsrecht zulassen, stellt aber fest, daß praktisch kein Unterschied zwischen der Ausübung des Rücktritts- oder Kündigungsrechts besteht; vgl. § 19 Nr. 2 B d, S. 423).

87) Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929, § 125, 5. S. 378.

88) Siber, Schuldrecht S. 403, 405.

89) v. Gierke, a.a.O. S. 390.

90) a.a.O. S. 385, 386.

dinger[91]), Reichsgerichtsräte-Kommentar[92]), Warneyer[93]). Für die Ausübung des Rücktrittsrechtes neben dem Kündigungsrecht aus § 723 sprechen sich aus Oertmann[94]) und Kisch[95]). Für die Ablehnung der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Gewährung eines Rücktrittsrechtes ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts[96]). Das Reichsgericht legt dar — und in dieser Richtung bewegt sich die Argumentation aller anderen Vertreter der die Zulässigkeit des Rücktritts ablehnenden Meinungen —, bei der zur Ausführung gebrachten Gesellschaft sei dem Gesellschafter, der die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen wollte, nicht der Weg des § 326, sondern nur der des § 723 eröffnet. § 723 sei das den besonderen Verhältnissen des Gesellschaftsrechts sich anpassende Sondergesetz, dem die nach dem Beginne der gesellschaftlichen Tätigkeit, vor allem nach deren längerer Dauer, ohne Gefahr der Verwirrung nicht mehr verwertbare Bestimmung des § 326 zu weichen habe. Im Falle der Zulassung des Rücktrittsrechts und der dann notwendigen Anwendung auch der §§ 346 ff. würden nicht nur unter den Gesellschaftern leicht Unklarheiten und Verwicklungen bedenklichster Art sich ergeben können, sondern es würde auch das Verhältnis zu Dritten in Streit gezogen werden können.

Soweit in diesen Ausführungen „Sondergesetz" gleich lex specialis sein und damit auf den Satz „lex specialis derogat legi generali" zurückgegriffen werden soll, muß dasselbe geltend gemacht werden, was oben S. 10—11 für den Dienstvertrag ausgeführt wurde. Der wichtige Grund im Sinne des § 723 umfaßt ebenso wie im Falle des § 626 nicht nur Fälle schuldhaften, sondern auch unverschuldeten vertragswidrigen Verhaltens. Faßt man nun die lex specialis in dem Sinne auf, daß alle ihre Fälle auch unter die lex generalis fallen müssen, so wird offenbar, daß § 723 nicht lex specialis gegenüber den §§ 325, 326 in jenem technischen Sinne sein kann, denn die auch unter § 723 fallenden Fälle nicht schuldhafter Vertragsverletzung fallen unter keinen Umständen auch unter die §§ 325, 326. Es kann also auch für das Gesellschaftsrecht nicht argumentiert werden: weil § 723 lex specialis ist, müssen die leges generales §§ 325, 326 ausgeschlossen sein, sondern es muß hier ebenso wie beim Dienstvertrag[97]) wieder untersucht werden: besteht ein berechtigtes Verlangen nach der Zulassung des Rücktrittsrechts, weil die Möglichkeit der Lösung des Gesellschaftsverhältnisses nur mittels Kündigung nicht allen praktischen Bedürfnissen gerecht wird, sondern nur durch Zuhilfenahme des Rücktrittsrechts alle denkbaren Fälle in befriedigender Weise gelöst

---

91) a.a.O. Anm. II c zu § 705.
92) a.a.O. Anm. 6 zu § 326.
93) a.a.O. Anm. V zu § 705.
94) Kommentar Anm. 8 zu § 723.
95) Unmöglichkeit S. 131.
96) Vor allem in der Entscheidung RGZ. 81 S. 303 ff., insbesondere S. 305/306.
97) vgl. oben S. 10/11.

werden können, oder ist diese befriedigende Lösung mit Hilfe der Kündigung in so umfassender Weise möglich, daß der Rücktritt überflüssig und entbehrlich wird und praktische Gründe seine Anwendung vielleicht sogar als unerwünscht erscheinen lassen?

Daß nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung bilden kann, ist in § 723 ausdrücklich ausgesprochen; dabei ist gemäß § 275 II unter Unmöglichkeit ebenso wie im § 325 die objektive wie die subjektive zu verstehen [98]). Ebenso fallen zwei Fälle des Verzuges, der ja zu vertretende, also schuldhafte Leistungsverzögerung ist [99]), ohne weiteres unter § 723; das Gesetz spricht ausdrücklich von vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der Leistungspflicht, so daß die auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhenden Verzugsfälle ohne weiteres von § 723 getroffen werden. Ebenso ist es aber mit den von § 326 gleichfalls erfaßten Fällen des Verzuges aus leichter Fahrlässigkeit; die Aufzählungen in § 723 stellen nur Beispiele dar, die ohne weiteres als wichtige Gründe anzusehen sind [100]); es können also unter Umständen auch Fälle des Verzuges aus geringem Verschulden unter § 723 fallen.

Ein praktisches Bedürfnis nach der Zulassung des Rücktritts sieht Kisch [101]) darin, daß er dem zurücktretenden Gesellschafter ein Recht auf Vergütung für die geleisteten Dienste gäbe (§ 346 Satz 2); ebenso würde der Gesellschafter, der Sacheinlagen geleistet hat, Früchte und Nutzungen herausverlangen können (§ 347 Satz 2 i. V. mit § 987); im Falle der Kündigung dagegen würden Dienste überhaupt nicht abgegolten, für Sacheinlagen nur der Wert ersetzt werden (§ 733 II Satz 2 u. 3). Die Kündigung würde also für den Gesellschafter, der im Verhältnis zu den Einlagen der übrigen Gesellschafter besonders wertvolle Dienste geleistet oder besonders nutzbringende Einlagen eingebracht hat, gewisse Härten mit sich bringen. Leistet auf der anderen Seite ein Gesellschafter wertlose Einlagen, so gibt ihm das für den Fall der Kündigung keinen Anspruch auf irgendwelche Gegenleistungen der anderen Gesellschafter; denn nach § 733 II Satz 2 wird für Einlagen der Wert zur Zeit der Einbringung ersetzt, also bei Wertlosigkeit nichts. Im Gegensatz zum Dienstvertrag bedarf es also insoweit eines Zurückgreifens auf den Rücktritt nicht, um zu verhindern, daß dem Vertragsbrüchigen, der Wertloses geleistet hat, ein Anspruch zusteht. Wohl aber steht dem Gesellschafter mit wertlosen Einlagen, der einen Kündigungsgrund gegeben hat, nach § 734 BGB., obwohl er infolge der Wertlosigkeit seiner Einlagen zum Gewinn nichts beigetragen hat, ein Anteil am Gewinn zu, der nach § 722 ja für alle Gesellschafter gleich ist ohne Rücksicht

98) Enneccerus § 177 I 1b, Planck Anm. 1 zu § 723, Oertmann Anm. 2 zu § 723.

99) Enneccerus, § 51 I u. II 4.

100) Siber, Schuldrecht S. 404; vgl. auch Mugdan S. 346 („exemplikative Hervorhebung zweier besonderer Umstände").

101) Unmöglichkeit S. 148.

auf Art und Größe ihres Beitrages. Ebenso würde er an einer Wertsteigerung der Einlagen der anderen Gesellschafter teilhaben, da diesen nur der Wert zur Zeit der Einbringung ersetzt, der Überschuß aus der Verwertung aber als Gewinn gemäß § 722 umgelegt wird. Im Fall des Rücktritts würde ihm dagegen kein Gewinnanteil zukommen, da er infolge der Rückwirkung des Rücktritts behandelt wird, als sei er nie Gesellschafter gewesen. Was tatsächlich an Gewinn in einem solchen Falle vorhanden wäre, würde dann auf Vergütungen für Gebrauchsüberlassungen und Dienste sowie auf Nutzungen der Einlagen der übrigen Gesellschafter umgelegt werden müssen; nur ein etwaiger Gewinnüberschuß würde gleichmäßig verteilt werden müssen; der Vertragsuntreue würde aber dabei weniger erhalten, als im Falle der Kündigung, in dem er am ganzen Gewinn teilnehmen würde. Ebenso würde im Falle des Rücktritts der vertragsuntreue Gesellschafter an der Wertsteigerung einer Einlage nicht teilnehmen, da ja der zurücktretende Gesellschafter einen Individualanspruch auf Rückgabe seiner Einlage hat (§ 346). Die Rechtswirkungen des Rücktritts würden also in vielen Fällen vom Standpunkt des Gesellschafters, der die Gesellschaft zur Auflösung bringen will, aus gesehen günstiger sein als die der Kündigung. Die vorstehenden Betrachtungen zeigen aber schon, daß die Durchführung eines solchen Rücktritts erheblichen Schwierigkeiten begegnen kann. Es wird zu erheblichen Streitigkeiten über die Bewertung der Dienste der einzelnen Gesellschafter kommen. Aber auch wenn man von diesen praktischen Schwierigkeiten absieht, erscheint es fraglich, ob überhaupt nach dem Willen des Gesetzgebers ein Gesellschafter sich die günstigen Wirkungen des Rücktritts soll verschaffen können. M. E. ist diese Frage zu verneinen. Die Bestimmungen über die Nichtvergütung von Diensten und Gebrauchsüberlassungen und gleichmäßige Verteilung von Gewinnen auch bei verschiedenem Wert der Anteile haben ihren inneren Grund darin, daß die Beteiligung an einer Gesellschaft nicht dem eigenen Interesse des einzelnen Gesellschafters dient, sondern dem gemeinsamen Interesse aller Gesellschafter; alle Gesellschafter stellen sich zur Erreichung des gemeinsamen Zieles den anderen Gesellschaftern gegenseitig zur Verfügung. Dieses gegenseitige Aufeinanderangewiesensein, das Handeln auf g e m e i n s a m e Rechnung, rechtfertigt es, die persönliche Leistung des einen nicht besonders zu entgelten und bei der Gewinnverteilung alle Gesellschafter gleichmäßig zu behandeln. Es entspricht deshalb durchaus dem Willen des Gesetzgebers, wenn das Reichsgericht in einer Entscheidung [102]) dem Gesellschafter, durch dessen a l l e i n i g e Tätigkeit ein Gewinn erzielt worden war, die Verpflichtung auferlegt, die anderen Gesellschafter daran teilnehmen zu lassen. Erscheint von vornherein die Leistung des einen Gesellschafters als soviel wertvoller gegenüber den Leistungen der anderen, so bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages einen anderen

102) JW. 1909, S. 160 Nr. 6.

Gewinnverteilungsschlüssel und eine andere Art der Auseinandersetzung festzulegen. Geschieht das nicht, so muß davon ausgegangen werden, daß ein Bedürfnis für eine von den §§ 722, 732 ff. abweichende Regelung nicht besteht und daß diese auch nicht durch einen Rücktritt soll herbeigeführt werden können. Das ergibt sich m. E. aus der dem § 346 Satz 2 völlig entgegenstehenden Bestimmung des § 733 Abs. II Satz 2.

Als noch schwerwiegender erscheinen die Folgen des Rücktritts gegenüber der Kündigung, wenn man die Verlustseite ins Auge faßt. Sind Geschäfte für die Gesellschaft verlustbringend gewesen, so müßten im Falle der Beendigung der Gesellschaft durch Kündigung alle Gesellschafter für den Fehlbetrag gleichmäßig oder nach dem im Gesellschaftsvertrage bestimmten Verhältnisse aufkommen. Im Falle des Rücktritts dagegen würde — in dem praktisch wichtigen Falle der Einzelgeschäftsführung ohne besondere Vollmachtserteilung jedenfalls — den Verlust eines jeden Geschäfts der Gesellschafter zu tragen haben, der es abgeschlossen hat; denn infolge des Rücktritts erlischt rückwirkend seine Geschäftsführungsbefugnis und damit entfällt rückwirkend die Rechtsstellung, auf Grund deren seine Vertretungsmacht vermutet wurde (§ 714 BGB.), sodaß der abschließende Gesellschafter mangels Geschäftsführungsbefugnis die übrigen Gesellschafter nicht verpflichtet hätte, den gesamten Verlust also allein zu tragen hätte; die anderen Gesellschafter hätten also die Möglichkeit, sich durch einen Rücktritt — sofern nur in der Person des Geschäftsführers die Voraussetzungen dafür vorliegen — von dem Verluste freizustellen. Auch die Zulassung dieser Möglichkeit erscheint mir mit dem Wesen der Gesellschaft als einer auf gegenseitigen Ausgleich von Gewinn und Verlust gerichteten Gemeinschaft nicht vereinbar.

K re ß [103]) weist weiter mit Recht darauf hin, daß die Ausübung des Rücktrittsrechts dem vertragsuntreuen Gesellschafter gegenüber praktisch zu dessen Ausschluß aus der Gesellschaft führen würde, während doch im Gesellschaftsrecht eine Sondervorschrift für den Ausschluß (§ 737) — wiederum nur mit Wirkung ex nunc — gegeben ist. Nach alledem scheint mir angesichts der eingehenden Regelung aller Voraussetzungen und Folgen der Auflösung der Gesellschaft und der Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern die Zulassung des Rücktritts mit seinen einschneidenden Folgen nicht zulässig und auch nicht erforderlich zu sein.

Sie muß m. E. weiter ausgeschlossen sein wegen der gefährlichen Folgen, die sich für Dritte aus dem Rücktritt eines Gesellschafters ergeben könnten. Für Schulden der Gesellschaft haftet nach außen neben dem Gesellschaftsvermögen (vgl. § 736 ZPO.) jeder Gesellschafter persönlich gesamtschuldnerisch aus den von allen Gesellschaftern gemeinsam oder von berechtigten Vertretern für die Gesellschaft

---

103) a.a.O. S. 425.

geschlossenen Geschäften (§ 427 BGB.)[104]). Nimmt man nun wieder den praktisch bedeutsamen Fall der Einzelgeschäftsführung ohne besondere Vollmachtserteilung (§ 714), so würde infolge eines Rücktritts mit dem rückwirkenden Erlöschen der Geschäftsführungsbefugnis die Rechtsstellung entfallen, aus der auf die Vollmacht des Geschäftsführers geschlossen werden konnte und damit, da der Geschäftsführer ohne Vollmacht gehandelt hat, auch die gesamtschuldnerische Haftung. Es würde auch nach außen allein der Geschäftsführer haften, der die Schulden kontrahiert hat. Das kann für Dritte, die mit der Gesellschaft durch deren nicht besonders bevollmächtigten Geschäftsführer Verträge geschlossen und ihr etwa gar Kredit gewährt haben, zu äußerst nachteiligen Folgen führen. Man nehme nur den gar nicht selten vorkommenden Schulfall, daß ein sehr tüchtiger, aber vermögensloser Kaufmann und zwei vermögende Geldleute sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen; der Kaufmann wird zum alleinigen Geschäftsführer bestellt und nimmt für die Gesellschaft Kredite auf, die im Vertrauen auf die gute Vermögenslage der beiden anderen Gesellschafter auch bereitwillig gewährt werden. Würden jetzt vor Abdeckung der Kredite die beiden vermögenden Gesellschafter wegen eines in der Person des dritten Gesellschafters liegenden Grundes zurücktreten, so entfiele damit auch die gesamtschuldnerische Haftung der beiden vermögenden Gesellschafter und der Kreditgeber könnte sich nur an den vermögenslosen Gesellschafter halten, während im Falle der Kündigung die Haftung aller Gesellschafter weiterbestehen würde. Es würden also in der Tat durch einen Rücktritt Dritte, die auf die Kreditfähigkeit der nach außen als gemeinschaftliche Organisation der Gesellschafter auftretenden Gesellschaft vertraut haben, geschädigt werden können. Die zurücktretenden Gesellschafter brauchen in diesem Fall gar nicht die für die Vollmacht des Geschäftsführers sprechende gesetzliche Vermutung des § 714 zu widerlegen, denn der Rücktritt zerstört ja mit der rückwirkenden Beseitigung der Geschäftsführungsbefugnis auch die Grundlage jener Vermutung.

Praktisch würde die in dieser Wirkung des Rücktritts für Dritte liegende Gefahr häufig gemildert werden können, wenn die Dritten, denen gegenüber der Rücktritt ausgeübt wird, ihr Vertrauen auf die alle Gesellschafter verpflichtende Vollmacht des vertragsuntreuen Gesellschafters nicht so sehr auf die Tatsache seiner Bestellung als Geschäftsführer stützen, sondern auf die Tatsache, daß er mit Wissen und Duldung der übrigen Gesellschafter ständig als Bevollmächtigter aufgetreten ist und jene ihre Verpflichtungen aus seinen Abschlüssen stets anerkannt haben. Nach einer in der Praxis entwickelten Lehre muß nämlich derjenige, der durch sein Stillschweigen zum Auftreten eines anderen als sein Bevollmächtigter in Dritten das Vertrauen erweckte, daß jener ausdrücklich bevollmächtigt sei, die von jenem eingegangenen Verpflichtungen gegen sich gelten lassen. Die Vollmacht

104) vgl. Enneccerus-Lehmann § 176 III 2, Oertmann Anm. 3 zu § 714.

gilt dann als stillschweigend erteilt [105]). Diese Lehre ist im Interesse des Verkehrsschutzes m. E. zu billigen. Der äußere Tatbestand des Auftretens und der Duldung läßt sich aber nicht rückwirkend beseitigen, sodaß ein Rücktritt hier nicht die Wirkung haben könnte, die zurücktretenden Gesellschafter von ihren Verpflichtungen gegenüber Dritten zu befreien.

Immerhin muß in diesen Fällen der Dritte das ständige Auftreten des vertragsuntreuen Gesellschafters als Bevollmächtigter nachweisen. Ihm ist also nicht geholfen, wo der Geschäftsführer nur selten oder gar erst einmal wie ein Bevollmächtigter aufgetreten ist, sodaß ein Schluß auf eine stillschweigende Bevollmächtigung nach Treu und Glauben nicht gezogen werden konnte. In diesen Fällen bleibt die Möglichkeit der Gefährdung Dritter, die m. E. zwingend gegen die Zulässigkeit des Rücktritts spricht. Seine Zulassung wäre geeignet, die Vertrauensgrundlage, auf die die Gesellschaft als im Wirtschaftsleben stehende Organisation aufbaut, zu zerstören. Sie würde zu Erschwerungen im Geschäftsverkehr dadurch führen, daß sich niemand mit einer Gesellschaft, für die nur ein Gesellschafter geschäftsführend auftritt, ohne größeres Risiko in Geschäftsbeziehungen einlassen kann, wenn ihm nicht die ausdrückliche Bevollmächtigung des Geschäftsführers nachgewiesen wird. Gewiß ist es richtig, daß nicht alle Gesellschaften wirtschaftlich handelnd zu Dritten in Beziehungen treten und daß auch bei denen, die das tun, nicht überall eine Art der Geschäftsführung und Vertretung besteht, die zu den oben geschilderten nachteiligen Wirkungen des Rücktritts für Dritte führen kann. Man kann aber m. E. nicht trennen: bei allen Gesellschaften, bei denen Dritte durch einen Rücktritt in Mitleidenschaft gezogen werden können, soll er unzulässig sein, bei allen anderen sollen die Gesellschafter, statt zu kündigen, auch zurücktreten dürfen. Das würde wieder zu einer Unsicherheit der Rechtslage für die Gesellschafter führen; nicht immer übersieht jeder Gesellschafter, wenn er vom vertragswidrigen Verhalten des Mitgesellschafters hört, ob durch seine Entschließung — Rücktritt oder Kündigung? — Dritte ins Spiel gezogen werden.

Es fragt sich, ob diese mißliche Folge der Zulassung des Rücktritts nicht auch bei anderen Rechtsverhältnissen eintreten kann. Zu denken ist vor allem an den Dienstvertrag, der ja häufig mit der Erteilung einer Vollmacht verbunden ist. Hier würde jedoch ein Rücktritt nicht die Folge haben können, daß rückwirkend auch die Vollmacht als nicht erteilt gilt. Zwar bestimmt § 168, daß das Erlöschen der Vollmacht sich nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis bestimmt. Doch trifft diese Bestimmung nicht den Fall des Rücktritts in dem Sinne, daß durch einen Rücktritt vom Kausalverhältnis auch rückwirkend die Vollmacht beseitigt wäre. Die Bevollmächtigung ist ja mit dem Dienstverhältnis keineswegs immer

105) Enneccerus-Nipperdey § 171, Anm. 6. Staudinger Anm. 5 zu § 167. RGZ. 23, 249; 43, 190; 50, 76; 65, 295.

verbunden, es spricht auch keine Vermutung für ihre Erteilung, vielmehr muß sie stets besonders nach § 167 erteilt werden. Die rückwirkende Lösung des Dienstverhältnisses kann deshalb auch nicht rückwirkend die besonders erteilte Vollmacht beseitigen. Man könnte allenfalls im Rücktritt vom Dienstvertrage einen ex nunc wirkenden Widerruf der Vollmacht sehen. Anders ist das bei der Gesellschaft. Zwar besteht auch hier ohne besondere Bevollmächtigung nicht etwa kraft Gesetzes eine Vollmacht; wohl aber spricht eine gesetzliche Vermutung (§ 714) bei besonderer Regelung der Geschäftsführungsbefugnis für die Erteilung einer besonderen Vollmacht. Mit dem Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage könnte die Grundlage dieser Vermutung rückwirkend beseitigt werden; der Geschäftsführer würde, wenn nicht der Gegner eine Vollmachtserteilung nachweisen kann, als Vertreter ohne Vertretungsmacht dastehen und die oben geschilderten mißlichen Folgen würden eintreten. Erkennt man demgemäß an, daß in gewissen Fällen die Durchführung des Rücktritts der wirtschaftlichen Vernunft widerspricht, so muß man folgerichtig auch die Zulässigkeit des Rücktritts überhaupt verneinen.

Es war bereits festgestellt, daß auch gewisse Fälle des Verzuges infolge leichter Fahrlässigkeit unter den Begriff des wichtigen Grundes i. S. des § 723 Abs. II fallen können. Es bleiben aber noch Fälle denkbar, in denen durch solch ein geringes Verschulden die Vertrauensgrundlage des Gesellschaftsverhältnisses nicht derart erschüttert ist, daß ein wichtiger Grund als gegeben angesehen und die Kündigung gestattet werden könnte. Verneint man die Zulässigkeit des Rücktritts bei der Gesellschaft, so würde in diesen Fällen die Möglichkeit, sich von der Gesellschaft zu lösen — die durch den Rücktritt gegeben gewesen wäre — nicht bestehen. Diese Folgerung kann und muß m. E. gezogen werden. Bietet das schuldhafte Verhalten des säumigen Gesellschafters keinen wichtigen Grund zur Kündigung, so besteht auch überhaupt kein Bedürfnis für die Auflösung der Gesellschaft. Der Grund, der beim Dienstvertrag den Rücktritt in diesem Falle erträglich erscheinen ließ, — Erfordernis der Fristsetzung — reicht hier nicht aus. Auch die Fristsetzung rechtfertigt es nicht, die auch auf Dritte sich erstreckenden Wirkungen des Rücktritts eintreten zu lassen, während beim Dienstvertrag die Rücktrittswirkungen sich auf die Vertragsparteien beschränkten.

§ 5. Der Rücktritt bei der Miete.

Stark umstritten ist das Problem des Ausschlusses des Rücktrittsrechts aus § 325, 326 durch das Kündigungsrecht im Gebiete des Mietrechts, für das in den §§ 542, 544 dem Mieter, in den §§ 553, 554 dem Vermieter ein Recht zu fristloser Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird.

Für die Möglichkeit eines Rücktritts neben der Kündigungsbefugnis sind Staudinger[106]), Kisch[107]), Schmidt[108]), Krahmer[109]). Dagegen verneint die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller die Zulässigkeit des Rücktrittsrechts neben den Kündigungsrechten, z. B. Crome[110]), Dernburg[111]), Kohler[112]), v. Gierke[113]), Enneccerus-Lehmann[114]), Kreß[115]), Planck[116]), Warneyer[117]), Schöller[118]), Titze[119]), Anton[120]), Brückner[121]).

Bei einigen Schriftstellern wird die Kündigung im Gebiete des Mietrechts als ein „besonders gestaltetes Rücktrittsrecht“ [122]) bzw. als ein „Rücktrittsrecht für die Zukunft“ [123]) bezeichnet. Das bedeutet eine unzulässige Verwischung des Unterschiedes zwischen beiden Rechtsfiguren, die der fruchtbaren Erörterung des Problems nicht dienlich ist. Es ist zwar richtig, daß der Entwurf (§ 529) für die Miete ein Recht, für die Zukunft zurückzutreten vorsah und demgemäß die zweite Kommission die Rücktrittsvorschriften (Entwurf I §§ 426, 427, 432, 433) für entsprechend anwendbar erklärte. Tatsächlich ist aber in der endgültigen Fassung des Gesetzes durch die Redaktionskommission an die Stelle dieses Rücktrittsrechtes das Kündigungsrecht gesetzt und die die Rücktrittsregeln für anwendbar erklärende Vorschrift gestrichen worden [124]). Beide Rechtsfiguren sind scharf voneinander zu scheiden; die Unterschiede sind oben S. 1 dargelegt worden. Wenn man auf eine strenge Unterscheidung Wert legt, so handelt es sich dabei nicht etwa bloß um ein Herausstellen lediglich begrifflicher Unterschiede. In der praktischen Auswirkung scheint der Unterschied zwar dadurch gegenstandslos zu werden, daß beim Rücktritt für die Zukunft die besonderen Vergangenheitswirkungen des Rücktritts nicht eintreten können. Er wird

106) a.a.O. Anm. I 2 zu § 537, Anm. I 1 zu § 542.
107) Unmöglichkeit S. 144, 147; Krit. Viertelj.Schr. 44, 561.
108) a.a.O. S. 150 ff.
109) Krahmer, Gegenseitige Verträge, 1904, S. 153.
110) Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd., 1902, § 235 II 2.
111) Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Abteilung, 4. Aufl. 1915, bearbeitet von Raape, § 225 III, Anm. 1.
112) a.a.O. S. 259.
113) a.a.O. S. 388 Anm. 54; ferner Deutsches Privatrecht 3. Bd., Schuldrecht 1917, § 196 III c, Anm. 105.
114) a.a.O. § 127 II 1 b.
115) a.a.O. § 19 Nr. 4 B e, S. 440 (allerdings nur hinsichtlich des Rücktrittsrechts aus § 326!)
116) a.a.O. Vorbem. 1 vor §§ 537—543, Anm. 5 b zu § 542.
117) a.a.O. § 542 Anm. I.
118) a.a.O. S. 269.
119) Unmöglichkeit S. 286, Krit. Viertelj.Schr. S. 379.
120) a.a.O. S. 32.
121) Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl. 1902, S. 60.
122) so Staudinger Anm. I 2 zu § 537, Anm. I 1 zu § 542.
123) so Schöller a.a.O. S. 269; auch RGZ. 64, S. 384 ff. (385).
124) Mugdan, Materialien S. 874.

weiter dadurch verwischt, daß für pränumerando gezahlten Mietzins das Gesetz im Falle der Kündigung wegen schuldhaften Verhaltens des Vertragsgegners — das ja auch Voraussetzung des Rücktritts ist — dieselbe verschärfte Haftung wie beim Rücktritt (§ 347) eintreten läßt (vgl. §§ 544 Abs. II, 555). Es bleibt aber noch ein wichtiger Unterschied z. B. hinsichtlich der Beweislast: Im Falle einer Kündigung nach § 542 muß nach Abs. III der Vermieter beweisen, daß er rechtzeitig den Gebrauch gewährt habe, während im Falle eines Rücktritts nach § 325 der Mieter den Eintritt der Unmöglichkeit infolge nicht rechtzeitiger Gebrauchsgewährung zu beweisen hat, da es sich beim Rücktritt hinsichtlich der Verpflichtungen des Mieters um eine rechtsaufhebende Tatsache handelt [125]). Dieser für den Prozeß äußerst bedeutsame Unterschied würde auch zwischen der Kündigung und einem Rücktritt für die Zukunft bestehen. Das zeigt, daß es sich nicht etwa um eine dogmatisch-terminologische Engherzigkeit handelt, sondern von weittragender Bedeutung in der praktischen Auswirkung ist, wenn man allergrößten Wert auf eine reinliche Scheidung der Ausdrücke Rücktritt und Kündigung legt. Streng zu scheiden ist davon die Frage, ob man nicht etwa die Erklärung einer Partei, sie „trete zurück" als Ausspruch der Kündigung werten soll. Dem Laien ist der Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung meist nicht geläufig, seine Erklärung deshalb auslegungsbedürftig; der Dogmatiker muß sich den Unterschied stets vor Augen halten und jede Verwischung des Unterschiedes in der Ausdrucksweise vermeiden.

Bei einigen Schriftstellern, die die Möglichkeit eines Rücktritts neben der Kündigung verneinen, kommt — wenn auch nicht deutlich ausgesprochen — die Ansicht zum Ausdruck, daß die Vorschriften über Kündigung als „leges speciales" die Rücktrittsvorschriften als „leges generales" ausschlössen [126]). Mit dem Satze „lex specialis derogat legi generali" kann aber, soweit es sich um die §§ 542, 553 handelt, nicht argumentiert werden. Es gilt hier dasselbe, was schon für das Recht des Dienstvertrages und der Gesellschaft ausgeführt wurde. Die §§ 542 und 553 umfassen wie die §§ 626 und 723 Fälle schuldhafter wie auch unverschuldeter Vertragsverletzung. Für § 542 ergibt sich das unmittelbar aus der Vorschrift des § 543 Abs. II, die den Fall der Kündigung wegen eines verschuldeten Mangels ausdrücklich hervorhebt; für § 553 folgt es gleichfalls aus dem Gesetze selbst. Es spricht von Vertragswidrigkeit; diese liegt auch schon bei nur objektiver Verletzung der Vertragspflichten vor [127]); es werden also auch Fälle nicht schuldhafter Vertragsverletzung von § 553 betroffen. Der Kreis der von § 542 und § 553 gedeckten Fälle ist also weiter als der unter die §§ 325, 326 fallenden, so daß die §§ 542, 553 ebensowenig

125) vgl. Schmidt a.a.O. S. 153/154.

126) z. B. Crome, Kohler, Planck, Warneyer; vgl. oben die Fußnoten 110, 112, 116, 117.

127) Enneccerus-Lehmann § 128 I 7 c, Oertmann Anm. 1, Planck Anm. 1, Staudinger Anm. II 2 zu § 553.

als leges speciales gegenüber §§ 325, 326 angesehen werden können wie die §§ 626 und 723.

Aber auch § 554 ist nicht echte lex specialis gegenüber § 326. § 554 umfaßt, wie sich aus seinem klaren Wortlaut ergibt, ebenso wie § 326 nur Fälle des Verzuges, also schuldhafter Leistungsverzögerung. Das genügt aber nicht, um ihn als lex specialis erscheinen zu lassen. Es muß vielmehr geprüft werden, ob alle Fälle des § 554 auch unter § 326 fallen. Das ist nicht der Fall. Denn der Tatbestand des § 326 setzt außer dem Verzug auch noch Fristsetzung und ergebnislosen Fristablauf oder mangelndes Interesse an der Erfüllung voraus. Beide Voraussetzungen erfordert aber der Tatbestand des § 554 nicht. Es passen also die Fälle, die den Tatbestand des § 554 erfüllen, nicht ohne weiteres auch unter § 326, so daß § 554 nicht als lex specialis — selbst wenn die herrschende Lehre richtig wäre — den § 326 ausschließt. Es muß vielmehr auch für die §§ 542, 552, 554 untersucht werden, ob sie alle Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges umfassen und die §§ 325, 326 dadurch überflüssig machen, aus praktischen Gründen ihre Anwendung vielleicht sogar als unerwünscht erscheinen lassen.

Daß die §§ 542, 553 in der Tat auch die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges umfassen, ergibt sich wie schon dargelegt wurde, aus dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem diese Vorschriften auch auf die Fälle schuldhafter Vertragsverletzung anzuwenden sind. Kreß[128]) ist dagegen der Ansicht, die Kündigung sei bei Eintritt völliger Unmöglichkeit wegen der ihr vorhergehenden Fristsetzung (§ 542 Abs. I Satz 2) zwecklos; § 542 sei deshalb für diesen Fall nicht gemeint. Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Fristsetzung nicht in jedem Falle der Kündigung vorherzugehen braucht (vgl. §542 Abs. I Satz 3). Sie ist ohne weiteres entbehrlich, wenn Abhilfe des Mangels nicht geschaffen werden kann, also im Falle der Unmöglichkeit. Das ist jetzt durchaus herrschende Meinung[129]). Es ist demnach auch nicht richtig, wenn Oertmann[130]) den § 542 ausschließen will und nur § 325 für anwendbar erklärt, dabei aber das Rücktrittsrecht durch ein Kündigungsrecht ersetzen will. Das würde nur wieder zu der in Anbetracht der dargelegten praktischen Unterschiede gefährlichen Verwechslung der beiden Begriffe Kündigung und Rücktritt führen. Wenn man schon das Bedürfnis hat, ein Kündigungsrecht zu gewähren, so folgt das ganz zwanglos aus § 542[131]). Schöller[132]) führt zutreffend aus, daß dabei die Kündigung schon mit Rücksicht auf das Interesse des Mieters, dem Mietvertrag ein

128) a.a.O. § 19 Nr. 2 B c, S. 423; ähnlich Oertmann Vorbem. A I 4 vor §§ 535 ff.

129) Enneccerus-Lehmann § 127 V c; Staudinger Anm. II 2; Planck Anmerkg. 1 b zu § 542; OLG. Stuttgart in „Recht" 1920, Nr. 882, Colmar, Rechtsprechung der OLG. 22, S. 289.

130) Vorbem. A I 4 vor §§ 535 ff.

131) An anderer Stelle (Anm. 1 b zu § 542) erkennt Oertmann auch die herrschende Auslegung des § 542 Abs. I Satz 3 und das danach sich ergebende Recht zur Kündigung ohne Fristsetzung an.

132) a.a.O. S. 271.

sicheres Ende zu setzen und etwaige Zweifel über die Natur der Unmöglichkeit abzuschneiden, zugelassen werden müsse und von dem Erfordernis der Fristsetzung abgesehen werden könne. Im übrigen legt Schöller[133]) die möglichen Fälle der §§ 542, 553 im einzelnen dar und kommt zu dem Schluß, daß alle Unmöglichkeitsfälle unter diese Vorschriften fallen. Daß eine Kündigung im Falle der Unmöglichkeit erfolgen kann, ist demnach entgegen Kreß' Darlegungen anzunehmen; fraglich ist nur, ob neben der Kündigung auch ein Rücktritt vollzogen werden darf.

Das Hauptargument der Schriftsteller, die sich gegen die Zulässigkeit des Rücktritts neben der Kündigung aussprechen, geht dahin, daß die Durchführung des Rücktritts bei dem Dauerschuldverhältnis Miete infolge der in die Vergangenheit reichenden Wirkungen des Rücktritts unbequem und unpraktisch, wenn nicht überhaupt unmöglich sei. Im Falle des Rücktritts müssen die gegenseitig erbrachten Leistungen zurückgewährt werden. Eine Rückgewähr der Gebrauchsgewährung ist jedoch praktisch nicht möglich, sodaß eine Umrechnung in Geld erfolgen muß (§ 346 Satz 2). Diesem umgerechneten Rückgewähranspruch tritt aber der Anspruch des anderen Teils auf Rückgewähr des Mietzinses aufrechenbar gegenüber. Da nach § 346 Satz 2 sich der Wert für die Gebrauchsgewährung nach der in Geld festgesetzten Gegenleistung, also der Höhe des Mietzinses, bestimmt, heben sich die gegenseitigen Rückgewähransprüche genau auf, sodaß im Endergebnis überhaupt nicht zurückgewährt wird. Wenn sich nicht nachweisen läßt, daß der Rücktritt trotz dieser Ergebnislosigkeit für die Vergangenheit noch geeignet wäre, anderen, durch die Kündigungsvorschriften nicht befriedigten Bedürfnissen zu dienen, so würde man trotz der Bestimmung des § 346 Satz 2 Oertmann[134]) darin zustimmen müssen, daß der Rücktritt da keinen rechten Sinn habe, wo die Wirkungen der Vergangenheit doch nicht beseitigt werden könnten. Die Vergangenheitswirkungen werden doch, wie aufgezeigt ist, in der Tat nicht beseitigt; gleichwohl muß erst in die Vergangenheit zurückgerechnet werden, um festzustellen, wie lange die Gebrauchsgewährung gedauert hat und wieviel Entgelt dafür entrichtet war.

Kisch[135]) verweist auf die Vorschriften über Teilunmöglichkeit. Danach kann, wenn die künftig zu erbringende Dauerleistung unmöglich wird, der Gläubiger aber an dem in der Vergangenheit liegenden Teil der Leistung ein Interesse hatte, lediglich wegen des unmöglichen Teils, also wegen des noch ausstehenden Restes zurückgetreten werden. (Dieses Recht zum Teilrücktritt ist im BGB. nicht ausdrücklich genannt, ist aber dem Gläubiger mit der herrschenden Lehre zu gewähren. Es ergibt sich daraus, daß als Besonderheit im § 325 Abs. II Satz 2 das Recht des Totalrücktritts wegen Teilunmög-

133) a.a.O. S. 269—271.
134) a.a.O. Vorbem. 1a vor §§ 346 ff.
135) Unmöglichkeit S. 144.

lichkeit eingeräumt wird; erst recht muß dann der Teilrücktritt zulässig sein)[136]). Erkennt man gegen v. Gierke die Zulässigkeit einer Teilung des Dauerschuldverhältnisses der Zeit nach an[137]), so ist gegen die Statthaftigkeit eines solchen Teilrücktritts an sich nichts einzuwenden. Nur ist m. E. bei Tatbeständen der genannten Art damit nichts gewonnen. Es ist nicht ersichtlich, welchem besonderen Interesse an der Zulässigkeit des Rücktritts damit gedient sein soll. Im Ergebnis wird doch nur dasselbe erreicht, wie mit der Kündigung, da gerade die in die Vergangenheit reichenden Wirkungen des Rücktritts durch die Teilung der Dauerleistung nach der Zeit vermieden und lediglich ex nunc-Wirkungen herbeigeführt werden.

Eine andere Möglichkeit, die mißlichen ex tunc-Wirkungen des Rücktritts zu vermeiden, sieht Kisch in der Tatsache, daß die Dauerrechtsverhältnisse vielfach in zeitliche Abschnitte zerfallen, „nach deren jeweiligen Ablaufe das Verhältnis neu auflebe". Der Rücktritt soll dann hier im Zweifel nur für den laufenden und den künftigen, nicht auch für die früher liegenden Abschnitte gelten. Ob diese Konstruktion richtig ist, kann bezweifelt werden. Es ist m. E. gekünstelt und widerspricht auch der Bestimmung des § 564, wenn man sagt, daß das Mietverhältnis in Abschnitten endige und neu beginne. Die Zerlegung in Vierteljahrs-, Monats- und Wochenabschnitte dient doch lediglich dem technischen Zwecke der Bestimmung der Zahlungstermine und der Kündigungsfristen (vgl. § 565). Der ungeminderte Bestand des Mietverhältnisses wird durch den Ablauf eines solchen Abschnittes nicht berührt, jedenfalls nicht in dem Maße, daß es überhaupt erlischt und mit dem nächsten Abschnitt wieder auflebt. Aber selbst wenn man Kisch's Konstruktion als richtig anerkennt, hilft sie m. E. nicht weiter: der zum Rücktritt berechtigende Umstand wird in den seltensten Fällen gerade zu Beginn eines Abschnitts eintreten; da der Rücktritt auch für den laufenden Abschnitt gelten soll, ergibt sich doch wieder eine Vergangenheitswirkung auf den bereits abgelaufenen Teil des Abschnitts. Tritt der Rücktrittsgrund aber wirklich am Beginn eines Abschnitts ein, so besteht kein Unterschied gegenüber dem eben behandelten Teilrücktritt, dessen Wirkungen der Kündigung gleichkommen. Welches praktische Bedürfnis aber für die Zulassung eines solchen Rücktritts sprechen soll, legt Kisch nicht dar.

Einen Vorzug des Rücktritts — mit Wirkung in die Vergangenheit — gegenüber der Kündigung sieht Kisch[138]) in den Fällen, in denen die bisherige Gebrauchsgewährung für den Mieter „überhaupt keinen oder nur geringen Wert hat". Er bringt als Beispiel den Fall, daß „ein Kaufmann zur Errichtung eines Ladens gewisse Lokalitäten

---

136) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 130; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900, Anm. 7 zu § 325; Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Band: Das Recht der Schuldverhältnisse 1903, Anm. 25 zu § 320; Oertmann Anm. 3 zu § 325; Enneccerus-Lehmann § 49 II 3.

137) oben S. 4/5.

138) Unmöglichkeit S. 147; Krit. Viertelj.Schr. 44, S. 561.

mietet, welche ihm nach einiger Zeit durch Verschulden des Vermieters entzogen werden, und zwar unter Umständen, die eine Unmöglichkeit der Erfüllung begründen". Die Wertlosigkeit der Gebrauchsgewährung soll sich daraus ergeben, daß „es dem Mieter gerade darauf ankam, einen festen Kundenkreis zu schaffen, der erst durch längeres Verweilen im gleichen Lokale erworben worden wäre". Es ist richtig, daß bei dieser Gestaltung des Tatbestandes im Falle des Rücktritts der Vermieter den Mietzins zurückzuzahlen, der Mieter aber nichts zurückzugeben hat, denn — wie bereits bei der Erörterung desselben Problems für den Dienstvertrag (oben S. 14/15) festgestellt wurde — auch § 346 Satz 2 ist nur eine Ausprägung des Gedankens, daß im Falle des Rücktritts die gegenseitige Bereicherung zurückzugewähren ist. Es fragt sich aber, ob für die Zulassung des Rücktritts ein praktisches Bedürfnis besteht, ob nicht vielmehr an Hand der Sondervorschriften des Mietrechts dasselbe erreicht werden kann. Das Minderungsrecht nach § 537 Abs. I hilft nicht, denn es ist nur gegeben „für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist", also in unserem Falle nach dem Eintritt der Unmöglichkeit. Wohl aber kann m. E. Rückerstattung des gezahlten Mietzinses nach § 538 verlangt werden. Dieser gibt einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung u. a., wenn im Laufe der Mietzeit ein die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufhebender oder mindernder Mangel infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes entsteht, also in dem Falle, der bei nachträglicher Unmöglichkeit auch den Rücktritt gestatten würde. Der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes richtet sich nach § 249; ist also, wie in Kisch's Beispiel, die Wertlosigkeit der Gebrauchsgewährung eine Folge des Eintritts der Unmöglichkeit, so ist der Mieter infolge der Unmöglichkeit insofern geschädigt, als er für etwas wertloses ein Entgelt gewährt hat; sein Schadensersatzanspruch geht also auf Rückerstattung des Entgelts [139]). Schmidt [140]) erkennt diesen Schadensersatzanspruch nicht an; er meint, der Schadensersatzanspruch des § 538 trete an Stelle der nicht erfüllten Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung. Zieht aber, wie im erörterten Falle, die Unmöglichkeit der weiteren Gebrauchsgewährung die Wertlosigkeit der bisherigen nach sich, so hat auch für die Vergangenheit der Vermieter seine Pflicht zur Gebrauchsgewährung nicht erfüllt, denn er hatte wertvollen Gebrauch zu gewähren. Für den Ausfall des wertvollen Gebrauchs muß er Schadensersatz leisten. Zu ersetzen ist „der Schaden, der daraus entsteht, daß der Mieter die Sache infolge des Mangels nicht nach ihrem, dem Vertrag entsprechenden Vermögenswerte genießen kann" [141]). Stellt sich die Mietsache infolge des Mangels für den Mieter auch für die Vergangenheit als völlig wertlos heraus, so besteht sein Schaden m. E. mindestens darin, daß er für die

139) vgl. Windscheid-Kipp a.a.O. § 400, 4 d.
140) Gesetzeskonkurrenz S. 156 Anm. 28.
141) Enneccerus-Lehmann § 127 III 2 b β.

wertlose Gebrauchsgewährung den Mietzins entrichtet hat. Es ist deshalb m. E. Windscheid darin zuzustimmen, daß der Schadensersatzanspruch auch auf Rückzahlung des entrichteten Mietzinses gehen kann.

Neben der Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruches kann der Mieter auch den Vertrag nach § 542 kündigen [142]); er hat also auch die ihm sonst durch das Rücktrittsrecht gegebene Möglichkeit der Vertragsauflösung. Sibers [143]) Gegenmeinung, daß die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs das Recht zur Kündigung ausschließe, findet einmal im Gesetze keine Stütze — § 538 schließt lediglich die Rechte aus § 537 ausdrücklich aus — und wird auch dem mehrfach hervorgehobenen Wesen der Kündigung nicht gerecht: diese hebt nicht wie der Rücktritt den Vertrag rückwirkend auf, sondern beendet ihn lediglich für die Zukunft; es ist also die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der Vertragspflichten neben der Kündigung durchaus denkbar [144]). Soweit der Mieter über den Zeitpunkt der Kündigung hinaus Mietzins pränumerando gezahlt hat, steht er im Falle der Kündigung insoweit nicht schlechter als beim Rücktritt, denn nach § 542 Abs. II haftet der Vermieter genau so wie im Falle des Rücktritts verschärft nach § 347, wenn er den zur Kündigung berechtigenden Umstand zu vertreten hat, also in allen Fällen, in denen ein Rücktritt nach § 325 möglich wäre. Es ist also in Fällen der von Kisch angenommenen Art möglich, auch ohne Zulassung des Rücktrittsrechts allein mit Hilfe der Vorschriften des Mietrechts den berechtigten Interessen des Mieters gerecht zu werden.

Besteht der Fehler, der zur Unmöglichkeit führte oder mit dessen Beseitigung der Vermieter in Verzug kam, bereits längere Zeit in einer Weise, daß der Gebrauchswert der Sache aufgehoben oder gemindert wurde, so ist § 537 auch für die vergangene Zeit der Gebrauchsgewährung anwendbar. Schmidt [145]) geht von folgendem Beispiel aus, um die Zulässigkeit des Rücktritts darzulegen: der Mieter entdeckt während der Mietzeit einen Fehler der gemieteten Sache, der schon 3 Monate bestanden hat und noch 2 Monate nach der Entdeckung besteht, aber innerhalb einer Woche repariert werden konnte. Der Fehler mindert den Gebrauchswert der Mietsache um zwei Fünftel. Er ist durch Verschulden des Vermieters entstanden. Hier bietet nach Schmidts Darlegungen der Rücktritt dem Mieter sowohl im Falle eines teilweisen Rücktritts wie auch bei Totalrücktritt gegenüber der Kündigung folgende Vorteile: für die Rückgewähransprüche aus §§ 346 ff. gelten im Gegensatz zu den neben § 542 gegebenen Minderungsrechten aus § 537 die Bereicherungsgrundsätze — insbesondere § 818 Abs. III — nicht; der Anspruch auf Rückzah-

142) Enneccerus-Lehmann § 127 III 1 b; Oertmann Anm. 5 a zu § 542; Planck Anm. 5 a zu § 542.
143) Schuldrecht S. 283.
144) vgl. RGZ. 64, 381 ff. (384).
145) a.a.O. S. 151 ff.

lung des in Geld bestehenden Mietzinses ist beim Rücktritt Genus-, bei § 537 Speciesanspruch, die Gefahr zufälligen Unterganges trägt daher im Falle des § 537 der Mieter, nicht aber beim Rücktritt; die Haftung des Vermieters bei schuldhafter Verschlechterung, für den Untergang oder für eine aus anderem Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe ist im Falle des Rücktritts (§ 347) schärfer als im Falle des § 537; im Falle des Rücktritts hat der Vermieter den zurückzuzahlenden Mietzins zu verzinsen, während er im Falle des § 537 nur für Nutzungen haftet, die er wirklich gezogen hat und um die er bereichert ist; Verwendungen hat der Mieter im Falle des Rücktritts seltener zu ersetzen als im Falle des § 537. Hinsichtlich der Beweislastverteilung ist, wie bereits erwähnt wurde[146]) nach Schmidts billigenswerten Ausführungen der Mieter im Falle des Rücktritts schlechter gestellt, als wenn er nach § 542 kündigt; denn die Voraussetzung des Rücktritts als einer rechtsaufhebenden Tatsache hat der Mieter zu beweisen, während für den Fall der Kündigung § 542 Absatz III dem Vermieter die Beweislast für die Rechterfüllung aufbürdet.

Richtig ist es, wenn Schmidt darauf hinweist[147]), daß auch bei Ausübung der Rechte aus §§ 542, 537 sich eine Wirkung ex tunc insoweit ergäbe, als der Vermieter vorausbezahlten Mietzins als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten habe[148]). Wenn jedoch bei den Gegnern des Rücktritts dessen ex tunc-Wirkung als mißlich hingestellt wird, so ist damit in der Hauptsache die Rückwirkung auf die eigentliche Dauerleistung, die Gebrauchsgewährung des Vermieters, gemeint, während § 537 die Gegenleistung betrifft, die in den allermeisten Fällen in Geld besteht und nur selten eine Dauerleistung — etwa Dienstleistung — sein wird. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß diese Rückwirkung unter weit weniger strengen Regeln stattfindet als im Falle des Rücktritts (§ 818 Abs. III im Falle des § 537, § 347 bei Rücktritt, vgl. oben S. 33).

Die Rechtfertigung für die schärferen Folgen des Rücktritts gegenüber der Kündigung sieht Schmidt in den schweren Voraussetzungen. Kündigung und Anwendung des § 537 setzen ein Verschulden nicht voraus, während der Rücktritt nur möglich ist im Falle verschuldeter Unmöglichkeit. (Hinsichtlich der Beweislastverteilung treten die schärferen Folgen für den Vermieter und die Besserstellung des Mieters allerdings nur hinsichtlich des § 542, nicht auch hinsichtlich des § 537 ein, denn auch bei letzterem muß der Mieter den Mangel als rechtsvernichtende Tatsache beweisen[149]).

Der Grund für die schärfere Haftung soll also nach Schmidt ein moralischer sein: weil dem Vermieter aus seinem Verhalten ein

146) oben S. 28.
147) a.a.O. S. 152 unten.
148) vgl. auch Oertmann Anm. 4 zu § 537; Mugdan Materialien S. 209 (Motive S. 376).
149) Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 154; Enneccerus-Lehmann § 127 III 1 b; Planck Anm. 6 zu § 537.

Vorwurf gemacht werden kann — denn Verschulden ist Vorwerfbarkeit — soll ihn gleichsam als Vergeltung die schärfere Haltung treffen. Das ist aber m. E. kein unbedingt sicheres Argument. Das „zu vertreten" des § 325 umfaßt alle Grade des Verschuldens, also auch leichte und leichteste Fahrlässigkeit; in diesen Fällen kann aber der Vorwurf, der den Schuldner trifft, nicht als derartig schwerwiegend angesehen werden, daß die Gerechtigkeit nun unbedingt eine Vergeltung für dieses Verschulden erforderte. Man würde also, ließe man den Rücktritt zu, den Vermieter in diesen Fällen leichten Verschuldens zu schwer treffen, da er dann ebenso streng haften müßte, als wenn ihn ein schweres Verschulden träfe. Das kann aber auch nicht der Gerechtigkeit entsprechen. Eine Trennung: Rücktritt bei schwerem, Versagung des Rücktritts bei leichtem Verschulden würde aber bei der Flüssigkeit der Grenzen zu Rechtsunsicherheit führen und ist deshalb nicht möglich. Es muß deshalb dieser Grund für die Zulassung des Rücktritts m. E. entfallen. Sieht man von ihm ab, so ist ein eigentlich praktisches Bedürfnis, das die Besserstellung des Mieters durch den Rücktritt gegenüber der Kündigung rechtfertigte, nicht anzuerkennen. Den praktischen Bedürfnissen werden die Vorschriften des Mietrechts allein m. E. vollkommen gerecht. Beachtenswert ist, daß das Gesetz selbst die bei leichteren Voraussetzungen leichteren Wirkungen auch in den, sonst einen Rücktritt rechtfertigenden Fällen eintreten läßt, nämlich bei Verschulden des Vermieters. Wo ein besonderes praktisches Bedürfnis nach einer schärferen Haftung des Vermieters besteht, trägt das Gesetz dem Rechnung, indem es den Vermieter, wenn er den die Kündigung rechtfertigenden Grund zu vertreten hat, für den Mietzins nach § 347 haften läßt, der für die nach der Kündigung liegende Zeit vorausbezahlt ist. Das spricht immerhin dafür, daß für andere Fälle, also insbesondere für den Mietzins, der für die vor der Kündigung liegende Zeit gezahlt ist, die schärfere Haftung nach den Vorschriften über den Rücktritt nicht eintreten soll; diese schärfere Haftung würde in dem von Schmidt angeführten Falle eintreten, wenn der Mieter auch für die drei Monate vor der Entdeckung zurücktritt. Der Hinweis auf § 346 Satz 2, in dem der Fall geregelt ist, daß von einem auf Überlassung der Benutzung gerichteten Vertrage zurückgetreten wird [150]), schlägt demgegenüber m. E. nicht durch. § 346 Satz 2 wird durch die Versagung des gesetzlichen Rücktrittsrechts gegenüber der Kündigung ja nicht überflüssig; er bleibt in Kraft für alle Fälle des vereinbarten Rücktritts wie auch für alle die Fälle, die nicht unter die Kündigungsvorschriften fallen, nämlich Nichterfüllung anderer, im Mietvertrage festgelegten Pflichten, die nicht aus dem Mietverhältnis selbst entspringen, (z. B. Leistung einer Bürgschaft) [151]). § 346 Satz 2 zeigt zwar, daß ein Rücktritt anstelle der durch das Mietrecht gegebenen Rechtsbehelfe durchführbar wäre, aber er zwingt m. E. nicht dazu,

150) Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 157.
151) Enneccerus-Lehmann, § 127 II 2 b.

ein gesetzliches Rücktrittsrecht neben den Sondervorschriften für die Miete anzuerkennen. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung die bereits erwähnte Änderung des Gesetzestextes bei den Vorarbeiten [152]), daß nämlich anstelle eines Rücktritts für die Zukunft das Kündigungsrecht gesetzt und die Bestimmung, nach der die Rücktrittsvorschriften anwendbar sein sollten, gestrichen wurde. Auch das spricht m. E. dafür, daß ein Rücktritt mit seinen besonderen Wirkungen in den Fällen, in denen eine Kündigung möglich ist, nicht stattfinden soll.

Daß ein Rücktrittsrecht nach § 326 in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht in Frage kommt, legt Schmidt [153]) im einzelnen dar; denn leistet der Vermieter nicht fehlerfrei, kommt also mit seiner Pflicht zur fehlerfreien Gebrauchsgewährung in Verzug, so wird infolge des Zeitablaufes die vertragsgemäße Leistung während der verflossenen Zeit unmöglich, so daß der Fall des § 325 gegeben ist. Das gilt für verschuldete wie für unverschuldete heilbare Fehler; auch letztere muß der Vermieter nach § 536 ausbessern. Solange er aber an der Unterlassung der Ausbesserung schuldlos ist, liegt kein Verzug vor, also auch nicht die Möglichkeit des Rücktritts nach § 326. Dieser wäre erst von dem Augenblick an gegeben, von dem an die Nichtausbesserung zu vertreten ist; dann liegt aber auch vertretbare Unmöglichkeit vor (§ 325). Bei unheilbaren Fehlern kommt eine Ausbesserungspflicht, also auch Verzug damit nicht in Frage, es liegt schon Unmöglichkeit vor. Daß aber für den Rücktritt wegen Unmöglichkeit neben der Kündigung und dem Minderungsrecht kein Raum ist, ist bereits dargelegt worden.

Soweit Fälle denkbar bleiben, in denen Verzug nicht die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, will Schmidt [154]) den Rücktritt aus § 326 zulassen, weil er gegenüber der Kündigung bei schärferen Voraussetzungen dem Mieter größere Vorteile biete. Die schärferen Voraussetzungen (insbesondere das Verschulden) sollen die Zubilligung des vorteilhafteren Rechtsbehelfs rechtfertigen. Es ist aber bereits bei der Behandlung des Rücktritts wegen Unmöglichkeit ausgeführt, daß allein aus der Voraussetzung des Verschuldens die Rechtfertigung für die Zulassung des Rücktritts nicht genommen werden kann (vergl. oben S. 35).

Daß § 554 nicht echte lex specialis gegenüber § 326 ist und deshalb auch nach der herrschenden Ansicht § 326 nicht ohne weiteres ausschließen würde, ist bereits ausgeführt worden. Gleichwohl spricht ein erhebliches praktisches Bedürfnis gegen die Zulassung des Rücktrittsrechtes aus § 326 neben dem Kündigungsrecht aus § 554. Die Anwendung des § 326 erfordert zwar neben dem Verzug noch Fristsetzung und ergebnislosen Fristablauf, während § 554 nur Verzug erfordert; trotzdem würde die Zulassung des Rücktritts dem Vermieter

152) vgl. oben S. 27.
153) a.a.O. S. 160—162.
154) a.a.O. S. 163.

mehr Rechte geben, als das Gesetz ihm offenbar gewähren will: das Kündigungsrecht des Vermieters nach § 554 setzt einen Verzug des Mieters mit zwei Monatsraten voraus, während ein zulässiger Rücktritt nach §326 schon bei Verzug mit einer Rate ausgeübt werden könnte. Es könnte also durch Anwendung des § 326 und Zubilligung des Rücktrittsrechts die vom Gesetzgeber offenbar aus Gründen des sozialen Schutzes gesetzte schärfere Bedingungen für die Vertragsauflösung wegen Verzuges mit der Mietzinszahlung umgangen werden; der Mieter würde dadurch des besonderen ihm vom Gesetzgeber gewährten Schutzes beraubt. Das kann nicht zugelassen werden. Das schon mehrfach erörterte Argument für die Zulassung des Rücktrittsrechtes, die ein Rücktrittsrecht gewährenden Vorschriften seien in ihren Voraussetzungen insofern schärfer, als sie im Gegensatz zu denKündigungsvorschriften ein Verschulden erforderten, und rechtfertigten deshalb die dem anderen Teil nachteiligeren Folgen im Vergleich zur Kündigung, greift hier schon deshalb nicht durch, weil in den allermeisten Fällen der Mietzins eine Geld- oder wenigstens Gattungsschuld ist und dann gemäß § 279 Verzug ohne Verschulden eintritt[155]). Soweit der Mietzins in anderen als Gattungssachen besteht, also zum Verzug Verschulden erforderlich ist, muß auch für die Anwendung des § 554 ein Verschulden vorliegen, sodaß die §§ 554 und 326 insoweit die gleichen Voraussetzungen haben.

§ 6. Wann beginnt der Ausschluß des Rücktrittsrechts?

Nach den vorstehenden Ausführungen ist bei den behandelten gesetzlich geregelten Dauerverträgen das Verhältnis der §§ 325, 326 zu den besonderen Kündigungsrechten so, daß mit einer geringfügigen Ausnahme beim Dienstvertrag neben den Kündigungsrechten ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung des Rücktrittsrechts nicht besteht, daß vielmehr systematische und praktische Erwägungen dagegen sprechen, so daß der Rücktritt in der Hauptsache als ausgeschlossen zu gelten hat. Eine Frage ist dabei noch zu klären: wann beginnt der Ausschluß des Rücktrittsrechts, sogleich mit Abschluß des Vertrages oder erst zu einem späteren Zeitpunkte?

Die Meinungen der Schriftsteller in dieser Frage gehen auseinander. Die Mehrzahl — v. Gierke[156]), Oertmann[157]), Gschnitzer[158]), Staudinger[159]), Reichsgerichts-

155) Planck-Siber Anm. 7 b, RGRKomm. Anm. 1, Oertmann Anm. 1 zu § 285.

156) Dauernde Schuldverhältnisse S. 387 (allgemein), S. 390 (für die Gesellschaft); Deutsches Privatrecht § 199 Anm. 69 (für den Dienstvertrag), § 209 Anm. 7 (für die Gesellschaft).

157) Kommentar Vorbem. vor §§ 346 ff. (allgemein), Vorbem. A I 4 vor § 535 (für die Miete).

158) a.a.O. S. 386.

159) a.a.O. Anm. II 2 c zu § 705.

räte-Kommentar[160]), wie die Rechtsprechung[161]) stehen auf dem Standpunkt, daß der Rücktritt erst ausgeschlossen sei, wenn das Dauerrechtsverhältnis bereits in der Ausführung begriffen sei. Demgegenüber vertreten z. B. Titze[162]), Kreß[163]), Düringer-Hachenburg[164]) wie auch v. Gierke[165]) für die Miete die Ansicht, daß der Ausschluß des Rücktrittsrechts vor wie nach dem Beginn der Ausführung des Dauerrechtsverhältnisses gelte. Eine nähere Begründung für diese letztere Meinung gibt nur Titze. Er führt aus, daß für den Dienstvertrag — bei dessen Behandlung er das Problem erörtert — weder der § 626 BGB. noch der § 70 HGB. ihr Anwendungsgebiet in der Weise einengten, daß das Kündigungsrecht erst nach dem Antritt der Dienste Platz greife. Aus den Eingangsworten des § 628 („Wird nach dem Beginn der Dienstleistung gekündigt") ergebe sich vielmehr, daß auch vor dem Beginn der Dienstleistung eine Kündigung möglich sei. Allgemein ergebe sich für das Dauerrechtsverhältnis aus § 542, daß die Ausübung des Kündigungsrechts nicht die Bewirkung irgendwelcher Leistungen seitens der Parteien voraussetze. Es kann m. E. allerdings sehr zweifelhaft sein, ob gerade § 542 insoweit als eine für alle Dauerschuldverhältnisse maßgebliche Norm angesehen werden kann; sie findet sich in dieser Form bei keinem anderen Dauerschuldverhältnis wieder. Man könnte deshalb ebensogut den gegenteiligen Schluß ziehen, daß § 542, soweit er die Kündigung schon vor dem Beginn der Gebrauchsgewährung zuläßt, eine Sonderbestimmung für die Miete sei und daß man aus der Tatsache einer Sonderregelung allein für die Miete entnehmen müsse, bei anderen Dauerschuldverhältnissen beginne die Möglichkeit der Kündigung erst mit der Gewährung der Dauerleistung und nicht schon mit dem Abschluß des Vertrages. Immerhin ist Titze zuzugeben, daß aus dem Wortlaut weder des § 626 BGB., 70 HGB. noch des § 723 BGB. eine solche Beschränkung zu entnehmen sei. Auch § 628 spricht in der Tat dafür, daß eine Kündigung schon vor dem Beginne der Dienstleistung erfolgen kann.

Damit ist aber lediglich dargetan, daß eine Kündigung nach §§ 542, 626, 723 schon vor dem Beginn des Miet-, Dienst-, Gesellschaftsverhältnisses an sich möglich und zulässig ist. Ungelöst bleibt aber noch das Problem, ob diese Zulässigkeit der Kündigung auch die Wirkung hat, daß der Rücktritt nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts schon vom Beginn des Dauerrechtsverhältnisses an ausgeschlossen ist. Mit der Berufung auf den Satz „lex specialis derogat legi generali" ist das Problem nicht zu lösen. Die Erörterung über Dienstvertrag, Gesellschaft und Miete haben gezeigt,

160) Anm. 1 zu § 320.
161) RGZ. 81, S. 303; 112, S. 280 ff.; Rechtspr. der OLG. 13, S. 360 (Braunschweig).
162) in Ehrenbergs Handbuch S. 702.
163) Lehrbuch S. 161.
164) a.a.O. Vorbem. 17 vor §§ 59 ff.
165) Deutsches Privatrecht § 196 III 5 c Anm. 105.

daß die ein Kündigungsrecht gewährenden Vorschriften überhaupt nicht als echte leges speciales mit derogierender Wirkung gegenüber den leges generales §§ 325, 326 anzusehen sind. Es mußte vielmehr in jedem Falle nachgewiesen werden, daß besondere Umstände die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts als unanwendbar erscheinen lassen, nämlich die Entbehrlichkeit des Rücktritts infolge der erschöpfenden Regelung durch die Kündigungsvorschriften und die mißlichen Wirkungen seiner Durchführung. Der Versuch, das Problem zu lösen, muß also von einem anderen Gesichtspunkte aus unternommen werden. Als wesentliches Argument gegen die Zulässigkeit des Rücktritts trat bei den in den vorhergehenden Abschnitten behandelten Dauerrechtsverhältnissen, vor allem aber bei der Gesellschaft, die Tatsache hervor, daß die in die Vergangenheit reichende Wirkung der Dauerleistung nicht wieder beseitigt werden kann, ohne daß die Rechtssicherheit gestört werden würde. Diese Wirkung äußert das Dauerrechtsverhältnis aber nicht von Anfang, d. h. vom Abschluß des Vertrages an; sie tritt vielmehr erst mit dem Beginn der Dauerleistung in Erscheinung, d. h. bei der Miete mit dem Beginn der Gebrauchsüberlassung, also der Übergabe der Mietsache, beim Dienstverhältnis mit dem Beginn der Dienstleistung, bei der Gesellschaft mit dem Beginn der Arbeitsleistung der Gesellschafter und der Einbringung der Sachen zum Gesellschaftsgebrauch [166]). Mit diesen Zeitpunkten beginnt die Dauerwirkung des Dauerschuldverhältnisses; von da an wäre es im Falle des Rücktritts notwendig, die Vergangenheit aufzurühren, um den Rücktritt zur Durchführung zu bringen. Von diesem Zeitpunkte an muß also erst der Rücktritt als ausgeschlossen gelten. Vorher äußert das Schuldverhältnis irgendwelche Dauerwirkungen nicht; es unterscheidet sich in nichts von den gewöhnlichen Austauschschuldverhältnissen. Es liegt also kein Grund vor, den Rücktritt nicht zuzulassen. Damit ergibt sich, daß die Kündigung vom Augenblick des Vertragsschlusses an zulässig ist, daß daneben aber bis zum Beginn der Dauerwirkungen, d. h. dem eben für die einzelnen Dauerschuldverhältnisse gekennzeichneten Zeitpunkt, aber auch nur bis dahin, die Ausübung des Rücktrittsrechts zulässig ist, da solange der Ausübung des Rücktritts keine Schwierigkeiten entgegenstehen. Die Ausübung des Rücktritts bietet dabei den praktischen Vorteil, daß der vertragsuntreue Teil für die Rückgewähr von etwaigen Vorleistungen des Zurücktretenden nach den scharfen Bestimmungen der §§ 347 ff. haftet, eine Folge, gegen die in diesem Falle — da das Dauerschuldverhältnis noch nicht in volle Wirksamkeit getreten ist — nichts einzuwenden ist. Nach dem Beginne der Dauerleistung kann aber nur mehr die Kündigung zugelassen werden und für den Rücktritt kein Raum sein.

Dieses Ergebnis — Ausschluß des Rücktritts, sobald die Dauerwirkung eingetreten ist — findet eine gewisse Stütze bei einem kur-

166) so zutreffend Staudinger Anm. II 2 c zu § 705, denn das allein sind Dauerleistungen.

zen Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Rücktrittsrechts. Dieses war im gemeinen Recht nicht,wie es im Bürgerlichen Gesetzbuch der Fall ist, einheitlich geregelt, sondern in einer Reihe einzelner, bei der Rezeption aus dem römischen Recht übernommener Rechtsfiguren (pactum displicentiae, in diem addictio, lex commissoria). Alle diese Rechtsfiguren fanden ihre Ausgestaltung und Anwendung in der Hauptsache beim Kauf, also dem typischen auf einmalige Leistung zugeschnittenen Austauschvertrage[167]). Aus diesen einzelnen Rechtsfiguren wurde dann im Bürgerlichen Gesetzbuche das einheitliche Institut des Rücktritts gebildet. Die Herkunft aus den auf den Kauf zugeschnittenen Rechtsgebilden zeigt aber, daß der Rücktritt zu den auf kontinuierliche Wirkung berechneten Dauerverträgen nicht paßt und lediglich Anwendung finden kann, solange sie sich vor dem Beginn der Dauerleistung von den gewöhnlichen Austauschverträgen nicht unterscheiden, nicht aber, wenn die Dauerleistung begonnen hat und damit die eigenartige Vergangenheitswirkung, die das Dauerrechtsverhältnis von den Austauschverträgen unterscheidet, eingesetzt hat.

Zu beachten ist im Hinblick auf die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens von Rücktritt und Kündigung bis zum Beginn der Dauerleistung die unterschiedliche Wirkung von Kündigung und Rücktritt auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches; so kann z. B. neben einer Kündigung beim Dienstvertrag Schadensersatz nach § 628 gefordert werden, während im Falle des Rücktritts infolge der rückwirkenden Beseitigung des Vertragsverhältnisses Schadensersatz aus Vertrag nicht gefordert werden kann. Es wird also bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen die Dauerleistung noch nicht begonnen hat, besonderer Sorgfalt bei der Auslegung von Parteierklärungen bedürfen, die nicht zweifelsfrei erkennen lassen, ob Rücktritt oder Kündigung gemeint ist.

---

167) vgl. Windscheid-Kipp a.a.O. § 323. Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht 1902, S. 10. Siber, Römisches Privatrecht, 1928, § 83, 7. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, § 83. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, § 184 IV 2.

LEBENSLAUF.

Ich bin am 6. Oktober 1907 in Burg bei Magdeburg als Sohn des Gastwirts Heinrich Stutz und seiner Frau Martha, geb. Baake geboren. Mein Vater ist im Oktober 1918 in Frankreich gefallen. In Burg besuchte ich von 1914 bis 1918 die Mittelschule, von 1918 bis 1927 das Viktoria-Gymnasium, bei dem ich am 24. Februar 1927 die Reifeprüfung bestand. Von 1927 bis 1933 studierte ich an den Universitäten Freiburg, Berlin und Halle Rechtswissenschaften. Ich hörte in Freiburg juristische Vorlesungen bei den Herren Professoren Dres. Nagler, von Schwerin, Levy, in Berlin bei den Herren Professoren Dres. Heymann, Kipp, Titze, Martin Wolff, Kohlrausch, von Möller, in Halle bei den Herrn Professoren Dres. Finger, Langheineken, Rudolf Schmidt, Hein, Bilfinger, Fleischmann, Boehmer, Ruth, Joerges, Kitzinger, Kisch; außerdem hörte ich neben anderen Vorlesungen volkswirtschaftliche Vorlesungen der Herren Professoren Dres. Diehl in Freiburg, Sombart in Berlin, Aubin und Jahn in Halle. Am 26. Juli 1930 legte ich bei dem Oberlandesgericht Naumburg die erste juristische Prüfung und nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes im Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg am 13. März 1934 bei dem Landesprüfungsamt in Berlin die große Staatsprüfung ab.

Seit September 1934 bin ich in Eschershausen als Rechtsanwalt tätig.

Für die Anregung meiner Dissertation und die freundliche Beratung bei der Ausarbeitung schulde ich Herrn Professor Dr. Rudolf Schmidt in Halle besonderen Dank, den ich ihm auch an dieser Stelle aussprechen möchte.